

**RECHTSGESCHÄFTLICHE TREUHANDVERHÄLTNISSE
BEI PERSONALHANDELSGESELLSCHAFTEN**

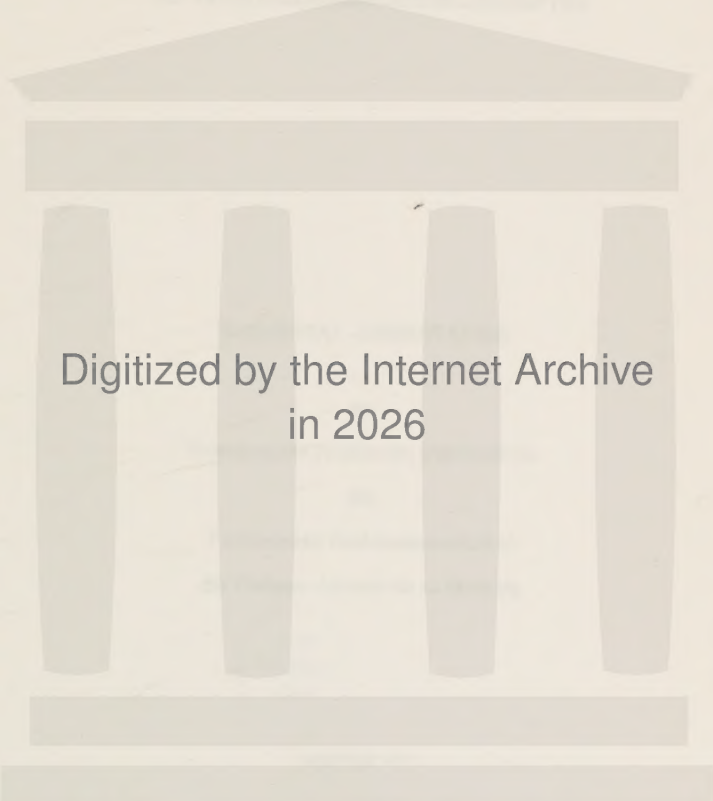
INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps - Universität zu Marburg

vorgelegt von

Manfred Markwardt
Rechtsreferendar aus Grieskirchen

Marburg 1973



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**RECHTSGESCHÄFTLICHE TREUHANDVERHÄLTNISSE
BEI PERSONALHANDELSGESELLSCHAFTEN**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Manfred Markwardt

Rechtsreferendar aus Grieskirchen

Marburg

1973



Als Dissertation von dem **Fachbereich Rechtswissenschaften**
~~dem Fachbereich Rechtswissenschaften~~

angenommen am: **11. Jan. 1973**

Berichterstatter: Professor Dr. **Hadding**

Mitberichterstatter: Professor Dr. **Beuthien**

Tag der mündlichen Prüfung: **5. Febr. 1973**

Meinen Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

Seite:

Einleitung	1
A) <u>Wirtschaftliche Beweggründe und Funktionen von Treuhand-</u> <u>verhältnissen bei Personalhandelsgesellschaften</u>	3
I. Vereinfachungsfunktion	3
II. Verbergungsfunktion	6
III. Kreditverschaffungsfunktion	7
IV. Umgehungsfunktion	8
V. Fürsorgefunktion	10
VI. Sicherungsfunktion	11
B) <u>Der zugrunde gelegte Treuhandbegriff</u>	13
I. Das fiduziarische Rechtsverhältnis	14
II. Die sogenannte "Ermächtigungstreuhand"	15
III. Abgrenzung gegenüber der mittelbaren Stellvertretung	17
C) <u>Verschiedene Möglichkeiten der Begründung eines Treuhand-</u> <u>verhältnisses, bei dem der Treuhänder Gesellschafter wird</u>	18
I. <u>Die Rechtsstellung in einem Rechtsverhältnis als "Treugut"</u>	19
II. <u>Fallgestaltungen entsprechend den verschiedenen Aus-</u> <u>gangssituationen</u>	23
1. <u>Der Treuhänder ist bei Begründung des Treuhand-</u> <u>verhältnisses Nichtgesellschafter</u>	23
a) Der Treugeber ist bei Begründung des Treuhand- <u>verhältnisses Gesellschafter</u>	23
b) Der Treugeber ist bei Begründung des Treuhand- <u>verhältnisses Nichtgesellschafter</u>	36
2. <u>Der Treuhänder ist schon bei Begründung des Treuhand-</u> <u>verhältnisses Gesellschafter</u>	43
a) Der Treugeber ist bei Begründung des Treuhand- <u>verhältnisses ebenfalls Gesellschafter</u>	43
b) Der Treugeber ist bei Begründung des Treuhand- <u>verhältnisses Nichtgesellschafter</u>	45
III. Die Übertragung der Gesellschafterstellung unter einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung	48

1. Keine innergesellschaftlichen Bedenken	49
2. Keine Bedenken im Hinblick auf Interessen der Öffentlichkeit	51
D) <u>Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten</u>	52
I. <u>Die Rechtsstellung des Treuhänder-Gesellschafters</u>	52
1. gegenüber der Gesellschaft	53
a) Gesellschaftsvertragliche Anpassung	54
b) Mögliche Sanktionen der Mitgesellschafter in Sonderfällen	55
2. gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	60
3. gegenüber dem Treugeber	61
a) Weisungsgebundenheit und Pflicht zur Auskunftserteilung	61
b) Vergütungsanspruch	68
c) Aufwendungsersatz	74
II. <u>Die Rechtsstellung des Treugebers</u>	75
1. gegenüber dem Treuhänder-Gesellschafter	75
2. gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	75
3. gegenüber der Gesellschaft	77
a) Grundsätzlich keine unmittelbaren Rechte des Treugebers in der Gesellschaft	78
b) Ermöglichung unmittelbaren Einflusses in der Gesellschaft	79
aa) Übertragung vermögensrechtlicher Ansprüche des Treuhänder-Gesellschafters auf den Treugeber, insbesondere des gewinnunabhängigen Entnahmerechts	79
bb) Einräumung von Mitverwaltungsbefugnissen (insbesondere des Stimmrechts)	86
(1) Der Treugeber als Stellvertreter des Treuhänder-Gesellschafters bei der Stimmabgabe	87

(2)	Die Übertragung des Stimmrechts des Treuhänder-Gesellschafters auf den Treugeber	91
(3)	Die zusätzliche Erteilung eines Stimmrechts an den Treugeber	104
(4)	Die Einräumung von Kontrollrechten an den Treugeber	105
(5)	Die Einräumung eines Geschäftsführungsrechts an den Treugeber	107
E)	<u>Die Begründung eines Treuhandverhältnisses bei einer Personengesellschaft ohne Gesellschafterstellung des Treuhänders</u>	110
I.	<u>"Ermächtigung" des Treuhänders zur Ausübung der Gesellschaftsbefugnisse</u>	111
II.	<u>Fiktive Inhaberschaft einzelner Gesellschafterrechte</u>	111
1.	<u>Vermögensrechtliche Ansprüche</u>	111
2.	<u>Minoritätsrechte</u>	112
F)	<u>Wechsel der an dem Treuhandverhältnis Beteiligten</u>	113
I.	<u>Die Übertragung der Stellung des Treuhänder-Gesellschafters</u>	113
1.	<u>Doppelte "Vertragsübernahme"</u>	113
2.	<u>Zustimmungserfordernisse</u>	114
II.	<u>Die Übertragung der Stellung des Treugebers</u>	116
G)	<u>Die Beendigung des Treuhandverhältnisses und deren Auswirkung auf die Gesellschafterstellung des Treuhänders</u>	121
I.	<u>Arten der Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses</u>	122
1.	<u>Zeitablauf</u>	122
2.	<u>Widerruf des Auftrags oder Kündigung des Dienstverhältnisses durch den Treugeber</u>	122
3.	<u>Kündigung durch den Treuhänder</u>	123
4.	<u>Tod des Treuhänders</u>	123
5.	<u>Unmöglichkeit</u>	125

II.	<u>Der Einfluß auf die Gesellschafterstellung des Treuhänders</u>	128
1.	<u>Die Übertragung des Treuguts war nicht bedingt (befristet)</u>	128
a)	Grundsätzlich kein unmittelbarer Einfluß auf die Gesellschafterstellung des Treuhänders	128
b)	Verpflichtung des Treuhänders zur Übertragung der Gesellschafterstellung auf den Treugeber	130
c)	Verpflichtung des Treuhänders zur Kündigung der Gesellschaft und Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungs- (Abfindungs-) gut- haben an den Treugeber	132
2.	<u>Die Übertragung des Treuguts war bedingt (befristet)</u>	133
H)	<u>Der Konkurs des Treuhänder-Gesellschafters</u>	136
I.	<u>Der Treugeber hat kein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb der Gesellschafterstellung</u>	136
1.	Die gesetzliche Folge des § 131 Nr. 5 HGB (§ 161 II HGB) tritt ein	
	- Aussonderung des Anspruchs auf das Auseinander- setzungsguthaben -	137
a)	§ 26 KO steht nicht entgegen	137
b)	§ 51 KO steht nicht entgegen	139
c)	Vollzug der Aussonderung	140
2.	<u>Fortbestehen der Gesellschaft gemäß § 138 oder § 141 II (§ 161 II) HGB</u>	
	- Aussonderung des Anspruchs auf das Abfindungs- guthaben -	143
3.	<u>In beiden Fällen keine "Aussonderung der Gesellschaf- terstellung"</u>	145
II.	<u>Der Treugeber hat ein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb der Gesellschafterstellung</u>	
	- Der Treugeber wird Gesellschafter mit Eintritt der Bedingung (= Konkurseröffnung) -	145
a)	§ 26 KO steht nicht entgegen	146
b)	§ 15 KO steht nicht entgegen	147

	Seite:
c) Keine Auflösung der Gesellschaft gemäß §§ 131 Nr. 5(161 II) HGB	148
J) <u>Der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft</u>	149
I. <u>Unmittelbare Auswirkungen der Konkurseröffnung</u>	149
II. <u>Die Rechtsstellung des Treugebers im Hinblick auf die Sicherung des Treuguts</u>	151
1. Konkursbefangenheit des Treuguts	151
2. Kein Aussonderungsrecht des Treugebers	152
K) <u>Die Einzelzwangsvollstreckung in die Gesellschaftsbeteiligung des Treuhänder-Gesellschafters</u>	158
I. <u>Die Zwangsvollstreckung durch Privatgläubiger des Treuhänder-Gesellschafters</u>	159
1. Vollstreckung in das "Treugut"	159
a) Pfändung des Anspruchs auf das Auseinander- setzungsguthaben	160
b) Pfändung der übrigen in § 717 S.2 BGB genannten Vermögensrechte	160
c) Pfändung des "Anteils am Gesellschaftsvermögen"	160
2. Drittwiderspruchsrecht des Treugebers gemäß § 771 I ZPO	162
3. Auswirkungen einer erfolgreichen Widerspruchsklage des Treugebers, insbesondere auf das Fortbestehen der Gesellschaft	164
II. <u>Die Zwangsvollstreckung durch Gesellschaftsgläubiger in Realisierung der Haftung des Treuhänder-Gesellschafters gemäß § 128 S.1 (161 II) HGB</u>	167
1. Rechtliche Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die Mitgliedschaft durch Gesellschaftsgläubiger	167
2. Sinn und Zweck eines solchen Vorgehens	168
3. Kein Drittwiderspruchsrecht des Treugebers gemäß § 771 I ZPO	169

	Seite:
L) <u>Zusammenfassung und Würdigung der Ergebnisse der Abschnitte H, J und K</u>	170
Zusammenfassung	172

LITERATURVERZEICHNIS

=====

- A f f o l t e r : "Die Gesamthand" in ABR 42, 248 ff.
- A s s f a l g , Dieter: "Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders", Berlin-Tübingen 1960 (zit.: Assfalg Treugut)
- - - - "Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff" in NJW 1963, 1582 ff.
- B a r t h o l o m e y c z i k : "Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß" in AcP 144, 287 ff.
- B a r t s c h , Robert: Bericht über die gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses, in: Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages, Band II, S. 29 ff.
- B a r z : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29. 5. 1967 - II ZR 105/66 - (BGHZ 48, 163) in GmbH-Rdsch. 1968, 100
- B a u m b a c h - D u d e n : "Handelsgesetzbuch", 20. Aufl. München 1972
- B a u m b a c h - H u e c k : "GmbH-Gesetz", 13. Aufl., München 1970
- B a u m b a c h - L a u t e r b a c h : "Zivilprozeßordnung", 30. Aufl., München 1970
- B a u r : "Lehrbuch des Sachenrechts", 6. Aufl., München 1970
- B e t t e r m a n n : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29. 10. 1957 - VIII ZR 292/56 - in MDR 1958, 90
- B e y e r l e , Franz: "Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts", Weimar 1932
- B e y e r l e , Konrad: "Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz", Band 1, Heidelberg 1900
- B ö h l e - S t a m s c h r ä d e r : "Konkursordnung", 10. Aufl., München 1971
- B o t t , Gerhard: "Der Treuhänder als Mitglied von Personengesellschaften", Diss. Hamburg 1959
- B r o d m a n n : "Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen" in JW 1929, 615
- B r u n s : "Zwangsvollstreckungsrecht", Berlin und Frankfurt/M. 1963

- B u c h w a l d : "Abtretung von "Anteilen an einer Personalgesellschaft" in BB 1955, 52 ff.
- - - "Nichtgesellschafter als Geschäftsführer bei der OHG und KG" in DB 1957, 109 ff.
- B u s s e : "Zur Problematik von Stimmbindungsverträgen bei Personalgesellschaften" in BB 1961, 261 ff.
- C l a s e n : "Vollstreckungs- und Kündigungsrecht des Gläubigers einer OHG gegen Gesellschaft und Gesellschafter" in NJW 1965, 2141 f.
- D ä u b l e r : "Treuhänderische Abtretung eines GmbH-Anteils" in GmbH-Rdsch. 1966, 243 ff.
- D ü r i n g e r - H a c h e n b u r g : "Das Handelsgesetzbuch", II. Band, 1. Hälfte: Allgemeine Einleitung zum 2. Buch (Bearb.: G e i l e r), 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- II. Band, 2. Hälfte (Bearb.: F l e c h t h e i m), 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
 - V. Band, 2. Hälfte (Bearb.: L e h m a n n), 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- E h r e n b e r g : "Handbuch des gesamten Handelsrechts" 5. Band, 1. Abteilung (Bearb.: S c h m i d t - R i m p l e r), Leipzig 1928
- E m m e r i c h : "Treuhandschaft an GmbH-Anteilen" in GmbH-Rdsch. 1931, 153 ff.
- E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y : "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", 15. Bearbeitung, Tübingen 1960
- E n n e c c e r u s - L e h m a n n : "Schuldrecht", 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- E n n e c c e r u s - W o l f f - R a i s e r : "Sachenrecht", 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
- E r m a n : "Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", Band 1 (Bearb.: S c h u l z e - W e n c k , H a u ß , W e s t e r m a n n , S i r p), 5. Aufl., Münster 1972

- - - "Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter" in Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, S. 277 ff., München und Berlin 1965
- E s s e r : "Schuldrecht", I. Band, 4. Aufl. Karlsruhe 1970
- II. Band, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
- - - Schuldrecht, Allg. u. Besonderer Teil", 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- F i k e n t s c h e r : "Schuldrecht", 3. Aufl., Berlin - New York 1971
- F i s c h b a c h : "Treuhänder und Treuhandgeschäfte", Mannheim und Leipzig 1912
- F i s c h e r , Robert: "Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen" in GmbH-Rdsch. 1953, 67
- - - "Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte" in NJW 1954, 779 ff.
- - - "Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG" in NJW 1959, 1057
- F l u m e : "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", II. Band: "Das Rechtsgeschäft", Berlin-Heidelberg-New York 1965
- F r i e d m a n n , Alfred: "Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses" in: Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages, Band I, S. 805 ff.
- F u c h s , Wilhelm: "Pseudonyme Rechtsgeschäfte. Kritische Anmerkungen zur Theorie der modernen Fiduziargeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Scheingeschäfts- und Umgehungsfrage" in AcP 115, 84
- F u r t n e r : "Pfändung der Mitgliedsrechte bei Personengesellschaften" in MDR 1965, 613 ff.
- G a n s s m ü l l e r : "Vorbehalt von Rechten und Pflichten bei der Übertragung der Beteiligung an einer Personengesellschaft" in DB 1967, 891
- v. G i e r k e , Julius: "Handelsrecht und Schiffsfahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
- v. G o d i n : "Einzelfragen aus dem Recht der OHG" in JR 1948, 65

- G o g o s : "Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft",
Tübingen 1953
- G o l d s c h m i d t : Bericht über die gesetzliche Regelung des
Treuhandverhältnisses, in: Verhandlungen des 36. deutschen
Juristentages, Band I, S. 632 ff.
- H a c h e n b u r g - S c h i l l i n g : "GmbH-Gesetz",
1. Band, 6. Aufl., Berlin 1956, 2. Bd. (S c h m i d t) 1959
- H a d d i n g : "Actio pro socio. Die Einzelklagebefugnis des Gesell-
schafterers bei Gesamthandansprüchen aus dem Gesellschaftsver-
hältnis", Diss. Marburg 1966
- H a e m m e r l e , Hermann: "Empfiehlt sich eine gesetzliche
Regelung des Treuhänderverhältnisses" in Verhandlungen des
36. deutschen Juristentages, Band I, S. 632 ff.
- H a u p t - R e i n h a r d t : "Gesellschaftsrecht", 4. Aufl.,
Tübingen 1952
- H e i n , Johannes: "Die Zusammenhänge zwischen Treuhandrecht und
Handelsrecht" in ZBH 1929, 195
- H e i n i n g : "Treuhand an GmbH-Anteilen" in GmbH-Rdsch.
1954, 98 ff.
- H e i n s h e i m e r , Rudolf: "Über die Teilhaberschaft"
Heidelberg 1930
- H e u s l e r , Andreas: "Institutionen des deutschen Privatrechts",
Band I, Leipzig 1885
- H o l c h : "Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung" in
DNotZ 1958, 282 ff.
- H u b e r , Ulrich: "Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschafts-
anteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts", Heidel-
ber 1970
- H u e c k , Alfred: Das Recht der offenen Handelsgesellschaft",
4. Aufl., Berlin, New York 1971 (zit.: Hueck OHG)
- - - "Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen in ZHR 83, 1 ff.
- - - "Gesellschaftsrecht", 16. Aufl., München 1972
- - - "Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften"
in Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag,
Band I, München u. Berlin 1965, S. 401 ff. (zit.: Hueck in
Nipp. - Festschr.)

- I s a y , Hermann: "Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen" in LZ 1928, 1295 ff.
- J a n b e r g , Hans: "Praktische Auswirkungen von Stimmrechtsbindungen" in DB 1952, 96
- - - "Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht" in DB 1953, S. 77 ff.
- J a e g e r : "Konkursordnung", Band I (Bearb.: L e n t z), 8. Aufl., Berlin 1958
- J ö r s - K u n k e l - W e n g e r : "Römisches Recht", 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- K n i t t e r , Hartwig: "Die Ausübung von Gesellschafterrechten und -pflichten in der offenen Handelsgesellschaft durch den gesetzlichen Vertreter", Diss. Marburg 1968
- K ö t z : "Trust und Treuhand", Göttingen 1963
- K o l l : "Stellungnahme zu Ulmer WPg. 1963, 120ff.: Rechts- und Steuerfragen zur Treuhand an GmbH-Anteilen" in WPg. 1963, 343 f.
- v. K r i e s : "Die Rechtsstellung des Erwerbers bei treuwidrigen Verfügungen eines Treuhänders", Diss. Freiburg 1965
- K r ü c k m a n n : "Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen" in JherJb. 74, 69 f.
- K u n i s c h : "Die rechtliche Stellung des Fiducianten im Konkurs des Fiduciars", Halle 1931
- L a r e n z : "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", 2. Aufl., München 1972
- "Lehrbuch des Schuldrechts", Bände I und II, 10. Aufl., München 1970
- L e h m a n n , Heinrich: "Gesellschaftsrecht", 2. Aufl., Berlin u. Frankfurt/M. 1959
- 3. Aufl. (Bearb.: D i e t z), Berlin u. Frankfurt/M. 1970
- - - "Die Enthftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der OHG von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen" in ZHR 79, 57 ff.
- L e h m a n n - H ü b n e r : "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches", 16. Aufl., Berlin 1966
- L i e b i c h , Horst-Dieter: "Das deutsche Treuhandwesen und seine rechtlichen Grundlagen", Diss. Hamburg 1964

- L u d e w i g : "Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht",
Marburg 1922
- M a k o w e r : "Handelsgesetzbuch mit Kommentar", Band I,
13. Aufl., Berlin 1906
- M e n t z e l - K u h n : "Kommentar zur Konkursordnung",
7. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1962
- M e r t e n s : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29. 5. 1967
- II ZR 105/66 - in JR 67, 462 f.
- M ö h r i n g , Philipp: "Geschäftsführungs- und Überwachungs-
ausschüsse in Personalgesellschaften" in JurJb. 7, 123 ff.
- M o h r b u t t e r : "Handbuch des gesamten Vollstreckungs-
und Insolvenzrechts", Köln-Berlin-Bonn-München 1965
- M ü l l e r , Waltraut: "Die Sicherungsübereignung von Anteilen
an Personengesellschaften", Diss. Hamburg 1968
- M ü l l e r , W.: "Drittorgane bei Personalgesellschaften" in
NJW 1955, 1909
- M ü l l e r - E r z b a c h : "Das private Recht der Mitglied-
schaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens", Weimar
1948 (zit.: Müller-Erzbach Mitgliedschaft)
- - - "Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammen-
lebens" in AcP 154, 299
- M ü l l e r - F r e i e n f e l s : "Die Vertretung beim
Rechtsgeschäft", Tübingen 1955
- N i p p e r d e y , H.C.: "Treuhänderschaft und Gesetz Nr. 8
AHK", in Festschrift für A. Nikisch 1958, 307 ff.
- O e r t m a n n : "Bürgerliches Gesetzbuch", 2. Buch: Recht
der Schuldverhältnisse, I, 5. Aufl., Berlin 1928
- P a g e n s t e c h e r - G r i m m : "Der Konkurs", 4.
Aufl., München 1968
- P a l a n d t : "Bürgerliches Gesetzbuch", 32. Aufl., München
1973
- P e t e r s , Egbert: "Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimm-
rechtsbindungen" in AcP 156, 311 ff.
- - - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29. 5. 1967 - II ZR
105/66 - in JZ 1968, 27 f.
- P i e p e r : "Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt", Köln
und Berlin 1963

- P r e d i g e r , Bernhard: "Die Inanspruchnahme der OHG und der Mitgesellschafter aus 'Drittverhältnissen' von seiten eines Gesellschafters" in BB 1971, 245 ff.
- R a a p e : "Zustimmung und Verfügung" in AcP 121, 257 ff.
- R a d k e : "Das Unmittelbarkeitsproblem bei der fiduziarischen Treuhand", Diss. Köln 1933
- R a i s e r : "Dingliche Anwartschaften", Tübingen 1961
- R e g e l s b e r g e r : "Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession" in AcP 63, 157
- R e i n h a r d t , Rudolf: "Die Fortentwicklung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft in der neueren deutschen Lehre und Rechtsprechung" in ZBJV 103, 329 ff.
- R e i n h a r d t - E r l i n g h a g e n : "Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung" in JuS 1962, 41 ff.
- R G R - Kommentar zum B G B : 1. Band, 2. Teil (Bearb.: L ö - s c h e r , N a s t e l s k i) 11. Aufl., Berlin 1960
 - II. Band, 10. Aufl., (Bearb.: O e g g), Berlin 1953
 - II. Band, 1. Teil, 11. Aufl. (Bearb.: D e n e c k e), Berlin 1959
 - II. Band, 2. Hälfte, 11. Aufl., (Bearb.: F i s c h e r), Berlin 1960
- R G R - Kommentar zum H G B : II. Band, 2. Aufl., (Bearb.: W e i p e r t), Berlin 1950
 - II. Band, Lieferung 1, 3. Aufl. (Bearb.: F i s c h e r) Berlin 1967
- R i t t e r : "Kommentar zum Handelsgesetzbuch", 2. Aufl., München und Berlin 1932
- R o g g e , Jens: "Die Bedeutung von Treuhandverhältnissen bei der Innengesellschaft", Diss. Kiel 1965
- R o s e n a u , Heinz: "Die rechtsgeschäftliche Treuhand in rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht" in DB 1966, Beilage 18, S.1 ff.

- R o s e n b e r g : "Zivilprozeßrecht", 9. Aufl., München und Berlin 1961
- 10. Aufl. (Bearb.: S c h w a b), München 1969
- R ü c k e r s b e r g : "Die Pfändbarkeit von Anteilsrechten an Personenhandelsgesellschaften" in Soziale Praxis, 48. Jahrg. (Neue Folge), 1939 S. 804
- S c h l e g e l b e r g e r : "Handelsgesetzbuch", II. Band (Bearb.: G e ß l e r), 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1963
- IV. Band (Bearb.: H e f e r m e h l), 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1966
- S c h l e s s , Robert: "Mittelbare Stellvertretung und Treuhand", Leipzig 1931
- S c h l o s s e r , Hans: "Außenwirkungen verfassungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand" in NJW 1970, 681 ff.
- S c h m a l e n b a c h : "Der Treuhandkommanditist" in Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung 1949, 97 ff.
- S c h n e i d e r , W.: "Die Rechtsstellung des Pflegers eines minderjährigen Gesellschafters in der Personengesellschaft" in BB 1955, 948 f.
- S c h ö n k e - B a u r : "Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht", 8. Aufl., Karlsruhe 1969
- S c h ö n y : "Treuhandgeschäfte", Diss. Freiburg 1908
- S c h ö n l e : "Zur Haftung des OHG-Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten" in NJW 1966, 1797 f.
- S c h o p p : "Die Vertretung und Geschäftsführung durch Nichtgesellschaftler bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft" in Rpfl. 1968, 188
- S c h u l t z e , Alred: "Treuhand im geltenden bürgerlichen Recht" in JherJb. 43, 1 ff.
- - - Besprechung des Buches "Grunderwerb u. Treuhand in Lübeck" von Otto Loening, in ZRG(G) Band 29, S. 440 ff.

- S c h u m a c h e r , Adolf: "Treuhand und Reichsgericht",
Diss. Köln 1931
- S e r i c k : "Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung",
Band I, Heidelberg 1963
- S i e b e r t , Wolfgang: "Das rechtsgeschäftliche Treuhandver-
hältnis", Marburg 1933 (zit.: Siebert)
- - - "Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handels-
gesellschaft", 2. Aufl., Karlsruhe 1955 (zit.: Siebert Ges'-
vertrag)
- S o e r g e l - S i e b e r t : "Bürgerliches Gesetzbuch",
I. Band (Bearb.: S c h u l t z e v. L a s a u l x), 10.
Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Stand: Frühj. 1967
- II. Band (Bearb.: S c h m i d t , K n o p p), 10. Aufl.,
Stand: Herbst 1967
- III. Band (Bearb.: S c h u l t z e v. L a s a u l x ,
W l o t z k e , V o l z e), 10. Aufl., Stand: Frühj.
1969
- S p e n g l e r , Albrecht: "Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesell-
schaften und deren Schranken" in Festschrift für Philipp Möhring
zum 65. Geb., München und Berlin 1965, S.165 ff.
- S t a u b : "Kommentar zum Handelsgesetzbuch", 1. Band, 1. Halb-
band (Bearb.: P i n n e r), 14. Aufl., Berlin und Leipzig
1933
- 3. Band (Bearb.: H e i n i c h e n), 14. Aufl., Berlin
und Leipzig 1933
- v. S t a u d i n g e r : "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch",
Band I (Bearb.: C o i n g), 11. Aufl., Berlin 1957
- Band II, 1. Teil, 9. Aufl., (Bearb.: W e r n e r) München-
Berlin-Leipzig 1928
- Band II, Teil 1c, 10/11. Aufl. (Bearb.: W e r n e r)
Berlin 1967
- Band II, 3. Teil, 11. Aufl., (Bearb.: N i p p e r d e y ,
M o h n e n , N e u m a n n), Berlin 1958
- Band II, 4. Teil, 11. Aufl. (Bearb.: K e ß l e r) Berlin 1958
- Band III, 1. Teil, 11. Aufl. (Bearb.: B e r g), Berlin 1956

- S t e i n - J o n a s : "Kommentar zur Zivilprozeßordnung",
 1. Band (Bearb.: P o h l e), 19. Aufl., Tübingen 1964
 - 2. Band (Bearb.: S c h ö n k e , P o h l e), 18. Aufl.,
 Tübingen 1956
- T e i c h m a n n : "Der Übergang von Sozialansprüchen und So-
 zialverbindlichkeiten in der Personalgesellschaft" in NJW
 1966, 2336 ff.
- - - - "Die Gesetzesumgehung", Göttingen 1962
- T h o m a s : "Die rechtsgeschäftliche Begründung von Treuhand-
 verhältnissen" in NJW 1968, 1705 ff.
- T h o m a s - P u t z o : "Zivilprozeßordnung", 6. Aufl.,
 München 1972
- von T u h r : "Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
 Rechts", 1. Band, Berlin 1910
- U l m e r : "Entgegnung auf Koll in Wpg. 1963, 343 f." in Wpg.
 1963, 345 f.
- W e g e n e r : "Abstimmungsvereinbarungen der Gesellschafter"
 in GmbH-Rdsch. 1951, 189 f.
- W e s t e r m a n n , Harm Peter: "Vertragsfreiheit und Typen-
 gesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften", Berlin-
 Heidelberg-New York 1970
- W e s t e r m a n n , Harry: "Sachenrecht", 5. Aufl., Karlsruhe
 1966
- W e s t e r m a n n - S c h e r p f - P a u l i c k -
 B u l l a - H a c k b e i l : "Handbuch der Personen-
 gesellschaften", Köln-Marienburg 1967, Erg. Lieferung April
 1970 (zit.: Westermann-Hdb.)
- W i e c z o r e k : "Zivilprozeßordnung", Band IV, Teil 1, Berlin
 1958
- W i e d e m a n n , Herbert: "Die Übertragung und Vererbung
 von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften", München
 und Berlin 1965.
- - - - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. 7. 1965 - II ZR 118/63 -
 in JZ 1966, 103

- W i e l a n d : "Handelsrecht", 1. Band, München und Leipzig
1921
- W o l f , Ernst: "Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden" in
AcP 153, 97 ff.
- W o l f f , H. -Jürgen: "Der Treuhänderkommanditist", Diss. Köln
1966
- W ü r d i n g e r , Hans: "Gesellschaften", Teil 1: "Recht der
Personengesellschaften", Hamburg 1937
- Z a h n : "Die treuhänderische Übertragung und Verwaltung von
Körperschaftsrechten", Bonn und Köln 1931
- Z i t e l m a n n : "Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen"
in JherJb. 73, 185 ff.
- Z l u h a n : "Abstimmungsvereinbarungen des privaten Gesell-
schaftsrechts" in AcP 128, 257 ff.

Die Dissertation von Hartmut K ü m m e r l e i n : "Erschei-
nungsformen und Probleme der Verwaltungstreuhand bei Personenhan-
delsgesellschaften", Münster 1971, erschien erst nach Abgabe der vor-
liegenden Arbeit zur Begutachtung und konnte somit leider nicht mehr
berücksichtigt werden.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

=====

ABR.....	Archiv für Bürgerliches Recht
AcP.....	Archiv für die civilistische Praxis
BB.....	Betriebsberater
BGBI.....	Bundesgesetzblatt
BGHZ.....	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DB.....	Der Betrieb
DJZ.....	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ.....	Deutsche Notarzeitschrift
GmbH-Rdsch.....	Rundschau für die GmbH
Gruchot.....	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, gegründet von J.A. Gruchot
HRR.....	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JFG.....	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegen- heiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JherJb.....	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR.....	Juristische Rundschau
JurJb.....	Juristenjahrbuch
JuS.....	Juristische Schulung
JW.....	Juristische Wochenschrift
JZ.....	Juristenzeitung
LM.....	Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LZ.....	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR.....	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ.....	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
RGBI.....	Reichsgesetzblatt
RGZ.....	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Rpfl.....	Der deutsche Rechtspfleger
WarnJbZiv.....	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts
WM.....	Wertpapiermitteilungen
WPg.....	Die Wirtschaftsprüfung
ZBH.....	Zentralblatt für Handelsrecht
ZBJV.....	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHR.....	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRG(G).....	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechts- geschichte (germanistische Abteilung)

Einleitung

Die Beurteilung rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts bereitet vor allem deshalb Schwierigkeiten, weil eine umfassende gesetzliche Regelung des Treuhandrechts bis heute nicht getroffen worden ist. Zwar beschäftigte sich der 36. deutsche Juristentag im Jahre 1931 mit der Frage, ob eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses zu empfehlen sei ¹⁾. Dennoch ist auch gegenwärtig die Treuhänderstellung lediglich vereinzelt und nicht immer gleichbedeutend in einigen Nebengesetzen geregelt ²⁾.

Die Unklarheiten werden dadurch verstärkt, daß in zunehmendem Maße die Bezeichnung "Treuänder" und der Ausdruck "Treuhandgesellschaft" für Personen und Gesellschaften gewählt werden, die eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, wie etwa Bücherrevisionen, Bilanzprüfungen, Steuer- und Wirtschaftsberatung, ohne eigentliche Treuhandgeschäfte im Rechtssinne vorzunehmen ³⁾. So wird heute im Geschäftsleben mit "Treuhand" neben dem hier allein interessierenden Rechtsinstitut auch eine bestimmte Art beruflicher Tätigkeit umschrieben. Wenn hier also rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts untersucht werden sollen, so muß der weite wirtschaftliche Begriff der "Treuhandgesellschaft" von vornherein außer Betracht bleiben.

Das zu behandelnde Thema wirft eine Fülle von Fragen auf, die sich aus dem Zusammentreffen von Treuhandrecht und Personalgesellschaftsrecht ergeben. Es ist nicht das Ziel dieser Arbeit, für alle Zweifelsfälle und Schwierigkeiten, die bei der treuhänderischen Beteiligung an einer Personalhan-

-
- 1) Vgl. die Beiträge von Haemmerle (I, S. 632), Friedmann (I, S. 805), Goldschmidt (II, S. 13) und Bartsch (II, S. 29) in Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages.
 - 2) Z.B.: Hypothekendarikgesetz v. 13. 7. 1899 i. d. F. v. 5. 2. 1963 (BGBl. 1963 I S. 81 ff.) §§ 29-34, Versicherungsaufsichtsgesetz v. 6. 6. 1931 (RGBl. I S. 315, 750) §§ 70 ff., Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften v. 16. 4. 1957 (BGBl. I S. 378) §§ 8 ff.
 - 3) RGZ 99, 29, Siebert S. 16, 22 ff., Schumacher S. 11, Staud.-Going Vorb. 60 v. § 164

delsgesellschaft auch nur in irgendeinem Zusammenhang auftauchen können, ein handbuchartiges Rezept anzubieten. Vielmehr sollen die nach Ansicht des Verfassers grundlegenden, entscheidenden Vorgänge und Gestaltungen rechtlich erfaßt und gewürdigt werden.

Einige Beispielfälle sind zunächst geeignet, den Rahmen dieser Arbeit dadurch abzustecken, daß sie eine Reihe von Beweggründen verdeutlichen, die zu Treuhandvereinbarungen im Bereich der Personalhandelsgesellschaften führen können. Damit werden zugleich die dem Treuhandverhältnis von den Beteiligten beigelegten Funktionen deutlich, so daß hiernach ein diesen erwünschten Funktionen entsprechender rechtlicher Treuhandbegriff den folgenden Erörterungen zugrundegelegt werden kann. Die Begründung des Treuhandverhältnisses bei der Personalgesellschaft des Handelsrechts, die Rechtsstellung der Beteiligten und der Beteiligtenwechsel während des Bestehens des Treuhandverhältnisses sowie die Beendigung des Treuhandverhältnisses sollen weitere Punkte unserer Untersuchung sein. Anschließend wird die allgemein im Treuhandrecht sehr bedeutsame Frage nach den Rechten des Treugebers (= TG) beim Zugriff der Gläubiger des Treuhänders (= TH) auf das Treugut einer besonderen Würdigung für den Bereich der Treuhand im Personalgesellschaftsrecht unterzogen.

A) Wirtschaftliche Beweggründe und Funktionen von Treuhandverhältnissen bei Personalhandelsgesellschaften

Die treuhänderische Beteiligung an Personalgesellschaften des Handelsrechts kann auf unterschiedlichen wirtschaftlichen Erwägungen beruhen. Zum Teil sind es Beweggründe, die jedem Treuhandverhältnis zugrunde liegen können, zum Teil aber auch solche, die mit der spezifisch gesellschaftsrechtlichen Problematik zusammenhängen.

Gerade das Fehlen einer gesetzlichen Regelung des Treuhandrechts läßt es ratsam erscheinen, sich zunächst über die Motivierungen solcher Vereinbarungen klar zu werden. Denn bei der Erörterung gesetzlich nicht geregelter Rechtsfragen werden die von den Parteien verfolgten Zwecke häufig für die rechtliche Gestaltung eine nicht unbedeutende Rolle spielen.

Die verschiedenen Anlässe, die zu einem Treuhandverhältnis im Bereich der Personalgesellschaft führen können, und somit die von den Parteien erstrebten Funktionen sollen jeweils durch Beispielsfälle veranschaulicht werden. In Anbetracht der äußerst vielfältigen Motivierungsmöglichkeiten wird es allerdings unerläßlich sein, sich auf einige Hauptgruppen zu beschränken, die in der Praxis am häufigsten vorkommen.

I. Vereinfachungsfunktion ¹⁾

Beispielsfall 1: Durch mehrere Erbgänge ist die Kommanditistenzahl der X-KG stark angestiegen. Dadurch leiden die Übersichtlichkeit in der Gesellschaft sowie die ungestörte Geschäftsabwicklung erheblich. Insbesondere die Kommanditisten mit kleineren Einlagen neigen dazu, ihre Beteiligung durch Ausscheiden oder Abtretung finanziell zu verwerten, wodurch eine häufige Änderung

1) Die Benennung der Funktionsgruppen erfolgt zum Teil in Anlehnung an Siebert S. 32.

Einzelne Gruppen werden auch von H.P. Westermann S.212, Note 4 sowie Hans Schlosser NJW 1970, 681 erwähnt.

des Gesellschaftsvertrages sowie wiederholte, mit Kosten verbundene Eintragungen in das Handelsregister erforderlich werden.

- Wie kann eine für alle Beteiligten annehmbare Lösung dieser Schwierigkeiten erreicht werden ? ¹⁾

Bei dieser Fallgestaltung könnte man zunächst an Abhilfe dadurch denken, daß man in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung einfügt, die die Ausübung der Kommanditistenrechte, z.B. des Kontroll- und Prüfungsrechts gemäß § 166 I HGB, durch einen gemeinsamen Vertreter vorschreibt. Damit wäre zwar eine gewisse Vereinfachung erreicht, doch die mit dem häufigen Gesellschafterwechsel oder -austritt verbundenen Schwierigkeiten würden dadurch nicht ausgeräumt.

Die Kommanditisten sind daran interessiert, ihr in der Gesellschaft steckendes Vermögen möglichst rasch und reibungslos verwerten zu können. Das kann an etwaigen Kündigungsbeschränkungen, langen Kündigungsfristen, langwierigen Auseinandersetzungs- oder Abfindungsverfahren scheitern. Zudem ist im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten, der sich seine Vermögensbeteiligung auszahlen läßt, die erst nach fünf Jahren verjährende (§§ 159, 161 II HGB) Haftung für die Gesellschaftsschulden zu beachten, wenn diese auch auf die Höhe der Hafteinlage begrenzt ist (§§ 171 I, 172 IV HGB). Daß es auf der anderen Seite im Interesse der Gesellschaft liegt, die dauernden Änderungen im Gesellschafterbestand und die damit verbundenen wiederholten Abfindungszahlungen zu vermeiden, liegt auf der Hand.

Abhilfe kann hier dadurch geschaffen werden, daß eine bestimmte Person,

-
- 1) Ähnlich die der Entscheidung des OGH in OGHZ 2,253 zugrunde liegende Situation. Zur Vereinfachungsfunktion der Treuhand bei einer Vielzahl von Kommanditisten vgl. auch Dür.-Hach.-Flechthelm § 164, Anm.9, Schmalenbach S. 98, Bott S.36.
Zur Sammlung von Splitteranteilen an der Aktiengesellschaft durch Treuhandschaft vgl. Zahn S.8.

sei es ein Gesellschafter, sei es ein bisheriger Nichtgesellschafter, die Gesellschaftsanteile der Kommanditisten, zumindest derjenigen mit geringer Vermögensbeteiligung, übernimmt und in deren Interesse "treuhänderisch" verwaltet. Kommanditist ist dann allein der Verwalter, die früheren Kommanditisten sind nicht mehr Mitglieder der KG, sondern nur noch über den "Treuhand-Kommanditisten" wirtschaftlich an der KG beteiligt¹⁾. Die Übertragung ihrer Vermögensbeteiligung an Dritte berührt nun das Gesellschaftsverhältnis nicht mehr. Somit können die mit einer Mitgliederänderung verbundenen unangenehmen Begleiterscheinungen (Eintragungen in das Handelsregister, Aufstellen einer Abschichtungsbilanz, damit eventuell Offenbarung stiller Reserven, Auszahlungen, Haftungsfragen usw.) auf diese Weise vermieden werden.

Eine treuhänderische Teilhaberschaft an einer Personalgesellschaft ist auch dann aus Vereinfachungsgründen sinnvoll, wenn ein nichtrechtsfähiger Verein, etwa eine Gewerkschaft, an einer Gesellschaftsbeteiligung interessiert ist. Da der nicht-rechtsfähige Verein als solcher nicht Gesellschafter sein kann, müßten die einzelnen Vereinsmitglieder jeweils als Gesellschafter eingetragen werden, ein angesichts der dauernden

-
- 1) Sehr unklar Schmalenbach S. 98 f.: er bezeichnet die ehemaligen Kommanditisten als "wirkliche Kommanditisten", die sich durch einen "Treuhand-Kommanditisten" "vertreten" lassen und dadurch zu "Unterkommanditisten" werden. Als solche seien sie gesetzlich "überhaupt keine Kommanditisten mehr, sondern nur Beteiligte an einer Gemeinschaft, die ihrerseits, vertreten durch den Treuhandkommanditisten, Kommanditist sei. Gesellschafter soll also die Gemeinschaft der früheren Kommanditisten werden, der "Treuhandkommanditist" lediglich Vertreter dieser Gemeinschaft. Diese Gemeinschaft kann als solche aber nicht Kommanditist sein. Außerdem wäre die Bezeichnung "Treuhandkommanditist" für den bloßen Vertreter eines Kommanditisten ohne eigene Gesellschaftereigenschaft zumindest irreführend. Nur wer selbst Mitglied der KG ist, kann (Treuhand-)Kommanditist genannt werden.

Änderungen im Mitgliederbestand des Vereins äußerst umständliches und kostspieliges Verfahren. Auch hier empfiehlt sich die Bestellung eines Treuhänders, der angewiesen wird, die Gesellschafterstellung im Interesse des Vereins zu erwerben und zu verwalten.

II. Verbergungsfunktion

Beispielsfall 2: A, Großhändler in der Möbelbranche, möchte einen Anteil an der X-OHG, Einzelhandelsgeschäft derselben Branche, erwerben. Die Gesellschafter der X-OHG begrüßen diese Absicht, weil sie sich Vorteile durch die Beteiligung eines Großhändlers erhoffen. A will jedoch mit Rücksicht auf die Geschäftsbeziehungen zu seinen Abnehmern nicht offenkundig werden lassen, daß er auf diese Weise zu ihnen in Wettbewerb tritt.

- Welcher Weg ist den Beteiligten zu empfehlen ?

Tritt in diesem Falle A selbst als Gesellschafter in die OHG ein, so kann er seine Beteiligung der Öffentlichkeit nicht verbergen. Das folgt aus der in §§ 106, 107 HGB vorgeschriebenen Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister, die unter anderem Namen, Vornamen, Stand und Wohnort eines jeden Gesellschafters enthalten muß (§ 106 II Nr. 1 HGB)¹⁾. Wenn A sich nicht auf eine stille Beteiligung beschränken will, ist ihm zu raten, sich die Gesellschaftsbeteiligung durch einen Vertrauensmann, der allein Gesellschafter wird, gleichsam vermitteln zu lassen. A kann so seine mittelbare vermögensmäßige Beteiligung Dritten gegenüber geheimhalten. Inwieweit ihm selbst unmittelbare Rechte in der Gesellschaft eingeräumt werden können, obwohl er nicht Gesellschafter ist, wird später²⁾ noch zu erörtern sein. Denkbar ist eine solche Ein-

1) Vgl. hierzu auch OGHZ 2, 253 Leitsatz 1.

2) Siehe S. 79 ff.

räumung unmittelbarer Befugnisse im Gesellschaftsbereich allerdings nur, wenn - wie hier - den Gesellschaftern bekannt ist, daß einer ihrer Mitgesellschafter treuhänderisch gebunden ist, wenn also eine zumindest intern "offene Treuhand" ¹⁾ vorliegt. Das aber ist durchaus nicht notwendigerweise der Fall. Angenommen, A möchte sich an einer OHG beteiligen, die mit ihm in Wettbewerb steht, weiß aber, daß er als Konkurrent keine Aussichten hat, aufgenommen zu werden. Schiebt er aus diesem Grund einen Vertrauensmann vor, so wird dieser sein Treuhandverhältnis mit dem A den anderen Gesellschaftern sinnvollerweise nicht offenbaren. Es handelt sich dann um ein sogenanntes "verdecktes Treuhandverhältnis" ²⁾.

III. Kreditverschaffungsfunktion

Sollte in der vorhergehenden Fallgruppe eine Beteiligung verheimlicht werden, so kann umgekehrt formal eine (treuhänderische) Gesellschaftsterstellung begründet werden, um die Gesellschaft nach außen hin als kreditwürdig erscheinen zu lassen.

Beispielsfall 3: A und B wollen eine OHG zum Betrieb eines Handelsunternehmens gründen. Da sie beide in Geschäftskreisen noch sehr unbekannt, aber auf Kredit angewiesen sind, möchten sie den in dieser Branche bereits erworbenen guten Ruf ihres Bekannten C nach außen hin nutzen, insbesondere seinen Namen in die Firma aufnehmen.

- Auf welchem Wege läßt sich dieses Ziel - mit dem Einverständnis des C - erreichen ?

Der Name des C darf aus Gründen der Firmenwahrheit (hier: § 19 IV HGB) in die Firma der OHG nur aufgenommen werden, wenn C als persönlich haftender Gesellschafter teilnimmt. Es wird somit erforderlich sein, daß C formell Gesellschafter der OHG wird. Da aber eine vermögensmäßige, wirtschaftliche Beteiligung des C an der OHG von beiden Seiten nicht ge-

1) Westermann-Hdb. Rdz. I 113, Hueck OHG S. 25, BGH-WM 1962, 1353(1354)

2) Siehe Note 1).

wollt ist, wird man vereinbaren, daß C den Anteil zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung von A und B verwaltet. Daß dies für C infolge der unbeschränkten persönlichen Haftung nicht ohne Risiko ist, auch wenn er aus dem Treuhandverhältnis Ersatzansprüche gegen A und B hat, liegt auf der Hand.

Bei dieser Fallgestaltung besteht ein Interesse daran, das Schicksal der OHG möglichst durch A und B allein bestimmen zu lassen, da C wirtschaftlich nicht beteiligt ist. Inwieweit C von seinen Gesellschafterrechten ausgeschlossen werden kann, hängt von allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ab, die später ¹⁾ noch erörtert werden sollen.

IV. Umgehungsfunktion

Ähnlichkeiten mit den Fällen der Verbergungsfunktion ergeben sich dann, wenn das Treuhandverhältnis dazu dienen soll, bestimmte Vorschriften oder Anordnungen zu umgehen. Aber ebensowenig wie jeder Fall der Verbergungsfunktion zugleich der Umgehung einer Vorschrift dient, ist das Umgehungsmotiv notwendigerweise mit einer Verbergungsabsicht verbunden.

Beispielsfall 4: Dem A als Mitglied einer Gaststättenbetriebs-OHG, bestehend aus zwei Gesellschaftern, wird wegen mehrerer Schlägereien, in die er verwickelt war, auf Grund des Gaststättengesetzes die Ausübung seines Gewerbes auf die Dauer von drei Jahren untersagt. Die Gesellschafter möchten die Rechtsform der OHG beibehalten.

- Wie soll sich A hinsichtlich seines Geschäftsanteils verhalten, wenn er vorhat, nach Ablauf der drei Jahre wieder im Geschäftsbetrieb tätig zu sein?

Auch in einem solchen Fall kann die Einsetzung eines Vertrauensmannes

1) Siehe S. 99 ff.

helfen, der die Beteiligung des A an der OHG übernimmt und für dessen Rechnung während der drei Jahre verwaltet. Die Rückübertragung der Gesellschaftserstellung auf den A nach Ablauf dieser Zeit kann durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Bestimmungen gesichert werden.

Wenn von Umgehungsfunktion die Rede ist, drängt sich die Frage auf, ob solche Treuhandverhältnisse nicht allgemein als "Umgehungsgeschäfte" nichtig sind. Es kommt indes auf den Zweck der Verbotsnorm oder -verfügung an ¹⁾. Widerspricht der durch das Umgehungsgeschäft erreichte Erfolg dem Zweck des Verbotes, so ist das Umgehungsgeschäft nichtig ²⁾.

Für das vorliegende Beispiel bedeutet das: Die Verbotsverfügung bezweckt, daß die Sicherheit der Gäste und die Ordnung im Gaststättenbetrieb nicht durch einen charakterlich unzuverlässigen Inhaber gefährdet wird. Dieser Zielsetzung steht nicht entgegen, daß A weiterhin wirtschaftlich durch einen Vertrauensmann an dem Gaststättenbetrieb beteiligt bleibt, ohne selbst als Inhaber aufzutreten. Es würde sich also im vorliegenden Fall um ein rechtlich nicht zu beanstandendes Treuhandverhältnis mit Umgehungsfunktion handeln.

In den bisher herangezogenen Fallgestaltungen konnten die erwünschten Folgen jeweils nur dadurch herbeigeführt werden, daß die gesamte Beteiligung an einer Personalgesellschaft zu treuen Händen übertragen würde.

Es sind jedoch auch Situationen denkbar, in denen die treuhänderische Abtretung lediglich einzelner Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis den Interessen der Beteiligten genügen würde. Inwieweit die Trennung einzelner Gesellschafterrechte von der Gesellschaftserstellung zulässig ist, bleibt späteren Erörterungen vorbehalten ³⁾. Hier sollen lediglich Interessenlagen verdeutlicht werden, die zu den diese Problematik be-

1) Staud.-Coing § 134 Rdn. 3, eingehend zum angesprochenen Fragenkreis Teichmann in seiner Monographie "Die Gesetzesumgehung".

2) RGZ 125, 211

3) Siehe S. 91 ff, 110 ff.

rührenden Vereinbarungen führen können.

In diesem Zusammenhang sind zu nennen die Treuhandverhältnisse mit

V. Fürsorgefunktion ¹⁾

Beispielsfall 5: A möchte bereits zu Lebzeiten seine Beteiligung an einer OHG aus ~~stär~~rechtlichen Gründen auf seinen Sohn übertragen, hält es jedoch für erforderlich, bis zu seinem Tode anstelle des mit geschäftlichen Dingen noch recht wenig vertrauten Sohnes den Anteil weiterhin zu verwalten.

- Was ist ihm zu raten ?

Auszugehen ist hier davon, daß die Gesellschafterstellung dem Sohn zukommen soll. Eine Vereinbarung dahingehend, daß A den gesamten Anteil fortan treuhänderisch für Rechnung des Sohnes innehaben soll, würde den Absichten der Beteiligten zuwiderlaufen.

Zweckentsprechend wäre vielmehr die Übertragung der Gesellschafterstellung auf den Sohn, verbunden mit der Vereinbarung, daß gewisse gesellschaftlicherliche Verwaltungsrechte (vor allem Stimmrecht und Geschäftsführungsbefugnis) bezüglich dieses Anteils weiterhin dem A zustehen, also von der Gesellschafterstellung getrennt werden sollen.

Eine Bevollmächtigung des A durch seinen Sohn zur Ausübung der Verwaltungsrechte würde allein nicht ausreichen, da in solchem Falle eine konkurrierende Zuständigkeit des Sohnes bestünde, während A anstelle des Sohnes, in Fürsorge für diesen, die Rechte wahrnehmen möchte. Vereinbart man nun aber eine unwiderrufliche Vollmacht unter gleichzeitigem Ausübungsverzicht des Sohnes, so käme das einer Abtretung

1) Diese Gruppe wird von Siebert S. 32 nicht genannt.

Bott S. 28 f. faßt diese Fälle unter der Überschrift "Unfähigkeit" zusammen.

der Verwaltungsrechte gleich und wäre somit nach den für die Übertragbarkeit der Gesellschafterrechte geltenden Grundsätzen zu beurteilen¹⁾.

Auch für diese Fallgruppe ist also die Frage von Bedeutung, inwieweit Rechte, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringen, von der Gesellschafterstellung "abgespalten" werden können.

VI. Sicherungsfunktion

Schließlich sei auf eine Gruppe von Treuhandverhältnissen hingewiesen, die sich in ihrer Funktion von allen bisher erwähnten Arten wesentlich unterscheidet. Es sind die Fälle der Treuhandschaft, bei denen das Treuhandverhältnis im Interesse des Treuhänders (=TH) begründet wird. Gemeint ist die Sicherungstreuhand: In der Person des TH liegt insofern Eigennützigkeit vor, als er sich das Treugut zur Sicherung eines Anspruches übertragen läßt. In diesem Merkmal der Eigennützigkeit liegt der wesentliche Unterschied zwischen Sicherungstreuhand und (fremdnütziger) Verwaltungstreuhand.

Beispielsfall 6: A, Mitglied einer OHG, befindet sich in finanziellen Schwierigkeiten und ersucht bei der X-Bank AG um ein langfristiges Darlehen. Die X-Bank ist dazu nur gegen Gewährung entsprechender Sicherheiten bereit. A hat außer seinem Gesellschaftsanteil kein nennenswertes Vermögen.
- Welche Art der Kreditsicherung ist hier zu empfehlen ?

Es wäre zunächst an eine Verpfändung der vermögensrechtlichen Ansprüche des A aus dem Gesellschaftsverhältnis zu denken. Dieses Sicherungsmittel ist jedoch unvollkommen, weil der Pfandgläubiger damit keinen Einfluß in der Gesellschaft erlangt und somit nicht verhindern

1) So mit Recht BGHZ 3,354.

kann, daß für ihn nachteilige Beschlüsse über Gewinnfeststellung, -verteilung und -auszahlung gefaßt werden. § 1276 BGB verleiht für diesen Fall keinen Schutz.¹⁾

Die Bestellung eines Nießbrauches²⁾ an den Gesellschafterrechten könnte der X-Bank AG deshalb nicht genügen, weil ihr lediglich die Nutzungen zustehen würden, nicht aber das Recht, gegebenenfalls den Anteil selbst zu verwerten.

Eine besonders starke Sicherung der Bank würde dagegen die treuhänderische Übertragung der gesamten Mitgliedschaft auf sie bedeuten. Abgesehen davon, ob A und seine Mitgesellschafter so weit gehen würden, ist aber zu beachten, daß die X-Bank AG mit Übernahme der (treuhänderischen) Beteiligung der unbeschränkten Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB ausgesetzt wäre. Auch diese Sicherungsart bringt also für beide Parteien nicht unbedeutende Nachteile.

Schließlich bleibt als Möglichkeit der Kreditsicherung die treuhänderische Übertragung der vermögensrechtlichen Ansprüche des A aus dem Gesellschaftsverhältnis, verbunden mit einer treuhänderischen Abtretung des Stimmrechts an die X-Bank AG. Denkbar ist aber auch die Erteilung eines zusätzlichen Stimmrechts an die X-Bank AG. Auf diesem Wege könnte der X-Bank AG an den die Vermögensansprüche betreffenden Beschlüssen ein Mitwirkungsrecht eingeräumt werden, ohne damit allerdings eine Überstimmung durch die Mitgesellschafter auszuschließen. Es stellt sich also auch in diesem Fall die Problematik der "Abspaltung" von Mitgliedschaftsrechten.

Dieser Überblick über die Hauptanwendungsfälle der Treuhand im Recht der Personalhandelsgesellschaften mag genügen. Die verschiedenen auf-

-
- 1) Zum Fall der Verpfändung eines GmbH-Anteils: RGZ 139, 227 und Palandt-Degenhart § 1276, Anm. 1b, vgl. auch W. Müller S. 106.
 - 2) Die Streitfrage, ob der Nießbraucher selbst Gesellschafter werden muß, braucht hier nicht entschieden zu werden (hierzu: U. Huber S. 413 ff.; — W. Müller S. 74 ff., diese allerdings nicht überzeugend).

gezeigten Funktionen können im Einzelfall nebeneinander eine Rolle spielen. So wird vielfach die Verbergungs- in der Umgehungsfunktion mit enthalten sein.

Schließlich sei noch einmal darauf hingewiesen, daß in Anbetracht der Vielfalt wirtschaftlicher Interessenlagen die Aufzählung der Motivierungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann.

B) Der zugrunde gelegte Treuhandbegriff

In den einzelnen Beispielsfällen wurde die Vereinbarung von Treuhandverhältnissen vorgeschlagen. Es gibt heute allerdings keinen einheitlichen, fest umrissenen Begriff des Treuhandverhältnisses. Die Tatsache, daß eine allgemeine gesetzliche Regelung des Treuhandrechts nicht vorliegt, ermöglicht es den Parteien, ihre rechtlichen Beziehungen dem damit verfolgten Zweck insoweit anzupassen, als sie sich mit sonstigem zwingenden Recht im Einklang halten ¹⁾.

Immer aber muß es sich, soll der Treuhandbegriff nicht allzusehr verwässert werden, um eine Wahrnehmung (zumindest auch) fremder Vermögensinteressen im eigenen Namen und in - mehr oder minder - eigenrechtlicher Machtstellung handeln ²⁾.

Somit bleiben einerseits diejenigen Fälle außer Betracht, in denen jemand ausschließlich eigene Vermögensinteressen wahrt. Zum anderen sind die in fremdem Namen auftretenden (unmittelbaren) Stellvertreter nicht in den Begriff des Treuhänders miteinzubeziehen.

1) RG-LZ 1913, 395, RGZ 127, 341(345)

2) Schultze JherJb. 43, 1, Siebert S. 12 u. 33, Staud.-Going
Vorb. 58 vor § 164, Rogge S. 31

- I. Unter Treuhandverhältnis wird heute in der Hauptsache das sogenannte fiduziarische Rechtsverhältnis verstanden.

Seine historischen Wurzeln hat dieses Rechtsinstitut in der römisch-rechtlichen fiducia. Mit fiducia bezeichnete man im römischen Recht das Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen, wenn der einen (dem Fiduziar) von der anderen (dem Fiduzianten) in Form der mancipatio oder in iure cessio eine Sache zu vollem Eigentum übertragen war, allerdings verbunden mit der schuldrechtlichen Vereinbarung (pactum fiduciae), daß der Fiduziar die Sache nur entsprechend dem Zweck dieses Vertrauensverhältnisses gebrauchen dürfe und nach Beendigung des Verhältnisses die Sache durch remancipatio oder in iure cessio an den Fiduzianten zurückzuübertragen habe¹⁾. Die fiducia trat je nach dem mit ihr verfolgten Zweck in zwei Erscheinungsformen auf, der fiducia cum creditore sowie der fiducia cum amico. Erstere ist der heutigen Sicherungstreuhand, letztere der sogenannten Verwaltungstreuhand vergleichbar.

Fiduziarisches Rechtsverhältnis bedeutet also Vollrechtsinhaberschaft des Treuhänders bei lediglich schuldrechtlicher, dem Treuhandzweck entsprechender Beschränkung gegenüber dem Treugeber. Charakteristisch für das Treuhandverhältnis im fiduziarischen Sinne ist somit die den Treuhandzweck überschießende Rechtsmacht des Treuhänders²⁾.

1) Schultze JherJb. 43, 9, Siebert S. 34, Jörs-Kunkel-Wenger S. 154

2) Die früher bisweilen vertretene Meinung, es handle sich um Scheingeschäfte (z.B. Fuchs S. 84 ff.), ist überzeugend widerlegt worden (vgl. etwa Haemmerle S. 642, Siebert S. 147). Es liegt zwar eine Divergenz zwischen rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen des TH vor, aber diese Divergenz ist gewollt. Wegweisend für die heutige Lehre von der fiduziarischen Treuhand: Regelsberger AcP 63, 157 ff.

- Inwieweit das Mißverhältnis von rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen durch Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bei der Treugutsübertragung gemildert werden kann, soll später (S. 48 ff.) untersucht werden. Hans Schlosser NJW 1970, 684 ff. nimmt bei der Verwaltungstreuhand eine auflösend bedingte Treugutsübertragung sogar ohne besonder: Vereinbarung als im Zweifel gewollt an.

II. Der fiduziarischen Treuhand wird oft die sogenannte "Ermächtigungstreuhand" gegenübergestellt ¹⁾, zum Teil jedoch nur unter der einschränkenden Bezeichnung "unechte" oder "uneigentliche" Treuhand ²⁾. Allerdings tritt sie in Rechtsprechung und Literatur gegenüber der für die viel diskutierte Sicherungstreuhand allein in Frage kommenden fiduziarischen Rechtsübertragung etwas in den Hintergrund. ³⁾ Unter "Ermächtigungstreuhand" wird ein Rechtsverhältnis verstanden, bei dem keine Übertragung des Treuguts auf den Treuhänder stattfindet, sondern letzterer vom Treugeber lediglich ermächtigt wird, das im Eigentum (in der Rechtsinhaberschaft) des TG verbleibende Treugut im eigenen Namen zu verwalten, d.h. dem TH wird die Legitimation zur Ausübung fremder Rechte übertragen.

Diese rechtliche Ausgestaltung einer Treuhandschaft findet ihre rechtsgeschichtliche Grundlage im Institut der deutsch-rechtlichen Treuhand. Für diese ist kennzeichnend, daß die treuhänderische Zweckbeschränkung in der dinglichen Rechtslage zum Ausdruck kam ⁴⁾. Dem deutsch-rechtlichen TH wurde also im Gegensatz zum Fiduziar keine über den Treuhandzweck hinausgehende Rechtsmacht eingeräumt.

Ob die "Ermächtigungstreuhand" wegen des Erfordernisses einer eigenen Rechtszuständigkeit des TH überhaupt noch unter den Rechtsbegriff Treuhandverhältnis gefaßt werden kann ⁵⁾, braucht hier nicht geklärt zu werden.

-
- 1) BGH-NJW 1954, 190(191), Siebert S. 294 ff., v. Kries S. 33, Ludewig S. 31 ff., 40 ff., Rosenau S. 7, Staud.-Coing Rdn. 60 o vor § 104, Soergel-Schultze v. Lasaulx Rdn. 85 vor § 164.
 - 2) Soergel-Schultze v. Lasaulx s.o., Hans Schlosser NJW 1970, 681 spricht von "offener, sog. deutschrechtlicher" Treuhand.
 - 3) Nipperdey in Nikisch-Festschr. S. 319.
 - 4) Schultze JherJb. 43, 10, Siebert S. 47, Schumacher S. 5.
 - 5) Die Frage, ob die Ermächtigung eine Rechtsübertragung auf den Ermächtigten bedeutet oder lediglich eine Legitimation (Autorisation), ist sehr umstritten und oft unklar behandelt. Raape AcP 121, 257 ff. geht von einem eigenen subjektiven Recht des Ermächtigten aus. Palandt-Heinrichs § 398 Anm. 7 spricht - im Fall der Einziehungs-ermächtigung - von der Übertragung eines bloßen "Forderungsauschnittes". ./.

Ausgehend von den oben angeführten Beispielsfällen kann für unsere Untersuchungen nur der fiduziarische Treuhandbegriff zugrunde gelegt werden. Denn es hat sich gezeigt, daß die von den Beteiligten verfolgten Zwecke nur dadurch erreicht werden können, daß dem TH die Vollrechtsinhaberschaft - sei es bezüglich der gesamten Gesellschafterstellung, sei es hinsichtlich einzelner Gesellschafterrechte - eingeräumt wird.

Wenn also im Folgenden von Treuhandverhältnissen bei Personalhandels- gesellschaften die Rede ist, so ist damit die "eigentliche" Treuhand, das fiduziarische Rechtsverhältnis, gemeint ¹⁾. Im Zusammenhang mit den Erörterungen zur Begründung des Treuhandverhältnisses wird zu untersuchen sein, inwieweit im Bereich des Gesellschaftsrechts die Wirkungen des fiduziarischen Rechtsverhältnisses durch Vereinbarung von Bedingungen zur Sicherheit des TG gemildert werden können.

Fortsetzung von S. 15 Note 5:

... Siebert S.253 bezeichnet die Ermächtigung als "etwa in der Mitte zwischen der beschränkten Rechtsübertragung und der Vollmacht liegend".

Klar gegen ein eigenes Recht des Ermächtigten:

Müller-Freienfels S.102 f., Flume S.904, 905 Note 8 (Flume geht allerdings von einem anderen Treuhandbegriff aus, wenn er dennoch von "treuhänderischer Ermächtigung" spricht).

- 1) Vereinzelt werden zur Frage der Rechtszuständigkeit beim Treuhandverhältnis abweichende Meinungen vertreten. So wird von "dinglicher Mitberechtigung" des TH und TG am Treugut (Siebert S.313 ff.) von "relativer Rechtszuständigkeit" des TH und TG am Treugut (Enn.-Wolff-Raiser S.355) sowie von einem dinglichen Recht des TG am Treugut, dem "Treurecht" (vgl. schon Siebert S.197 f., 401 und Kötz S.170) gesprochen. Diese Ansichten haben sich jedoch - zumindest bisher - nicht durchsetzen können. Eine eingehendere Erörterung dieser Theorien würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit gehen.

III. Die zu den Beispielsfällen 2 ¹⁾ und 3 ²⁾ skizzierten Lösungswege können weiter die Frage aufwerfen, ob dort überhaupt das Rechtsinstitut Treuhand angesprochen wird und nicht vielmehr das der mittelbaren Stellvertretung.

Die Abgrenzung des Treuhandbegriffs gegenüber der mittelbaren Stellvertretung nimmt in Literatur und Rechtsprechung breiten Raum ein. Hierbei ist das Verhältnis dieser beiden Rechtsbegriffe zueinander nicht immer einheitlich gesehen worden. Einigkeit besteht zunächst über die begriffliche Klärung des Instituts "mittelbare Stellvertretung": Man versteht darunter das rechtsgeschäftliche Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung ³⁾. Gesetzlichen Ausdruck findet die mittelbare Stellvertretung im Recht des Kommissionärs, §§ 383 ff. HGB. 407 ff. Die eben gegebene Definition könnte dazu verleiten, die Begriffe Treuhand und mittelbare Stellvertretung gleichzusetzen. Hierbei ist aber Folgendes zu beachten: Es wird zwar in vielen Fällen so sein, daß der TH auch nach außen im rechtsgeschäftlichen Verkehr für den TG auftreten soll, insofern also im eigenen Namen für fremde Rechnung Rechtsgeschäfte abzuschließen hat. Das ist jedoch nicht notwendig der Inhalt des vereinbarten Treuhandverhältnisses ⁴⁾. So ist es etwa nicht Aufgabe des Sicherungstreuhanders, Rechtsgeschäfte in Beziehung auf das Treugut abzuschließen. Auch sind Treuhandverhältnisse denkbar, die lediglich Verwahrungszwecken dienen. Wir sehen also, daß sich die Begriffe Treuhand und mittelbare Stellvertretung nicht decken.

Andererseits aber schließen sich Treuhandverhältnis und Auftreten als mittelbarer Stellvertreter nicht etwa aus, vielmehr ist es so, daß das Treuhandverhältnis Grundlage sein kann für das Tätigwerden als mittelbarer Stellvertreter. Folglich ist die Auffassung von Siebert nicht über-

1) Siehe S. 6

2) Siehe S. 7

3) Z.B.: Staud.-Coing Vorb. 38 v. § 164, Flume S. 764, Siebert S. 111. Daß bei mittelbarer Stellvertretung rechtsgeschäftliches Handeln vorliegen muß, wird nicht immer genügend betont.

4) Schless S. 61, Staud.-Coing Vorb. 59 v. § 164.

zeugend, der den Unterschied zwischen **Treuhand** und **mittelbarer Stellvertretung** darin sieht, daß "das **Treuhandverhältnis** das Ergebnis, die **mittelbare Stellvertretung** vielleicht ein **Weg** zur Erzielung dieses **Ergebnisses** ist" ¹⁾. Es ist zwar richtig, daß die indirekte Stellvertretung - vor allem in der Rechtsprechung - **als mögliche Begründungsart für ein "echtes" Treuhandverhältnis** erörtert worden ist. Das hängt zusammen mit dem vom Reichsgericht entwickelten "Unmittelbarkeitsprinzip" ²⁾, wonach der TG einen gewissen quasi-dinglichen Schutz gegenüber den Gläubigern des TH nur dann erlangen soll, wenn das Treugut unmittelbar aus seinem Vermögen auf den TH übertragen worden ist ³⁾. Die von Siebert vorgenommene Abgrenzung ist jedoch unvollständig: Die mittelbare Stellvertretung ist nicht nur eine mögliche Begründungsart für ein Treuhandverhältnis (Erwerb des Treuguts durch den TH von einem Dritten für Rechnung des TG), sondern umgekehrt kann das Treuhandverhältnis auch die Grundlage bilden für das Auftreten als **mittelbarer Stellvertreter**, nämlich dann, wenn der Abschluß von Rechtsgeschäften, die sich auf das Treugut beziehen, zum Aufgabenkreis des TH gehört ⁴⁾.

Sowohl die Gleichsetzung der Begriffe **Treuhänder** und **mittelbarer Stellvertreter** als auch die Annahme, daß beide Begriffe sich ausschließen, sind somit verfehlt.

C) Verschiedene Möglichkeiten der Begründung eines Treuhandverhältnisses, bei dem der Treuhänder Gesellschafter wird

Der Abschnitt über die Beweggründe für das Entstehen von Treuhandverhältnissen bei einer Personengesellschaft des Handelsrechts hat gezeigt, daß den Interessen der Parteien - je nach Lage des Falles - die

1) Siebert S. 110

2) Z.B. RGZ 84, 214(217), 91, 16, 127, 341, 153, 353(366).

Im Schrifttum vor allem erörtert von Assfalg, Treugut, S. 167 ff. mit weiteren Nachweisen.

3) Diese Problematik soll später, S. 37 ff., erörtert werden.

4) Schless S. 61

treuhänderische Verwaltung entweder der gesamten Beteiligung oder auch nur einzelner Mitgliedschaftsrechte entsprechen kann.

Nach dem Treuhandbegriff, der hier zugrunde gelegt wird, ist die treuhänderische Verwaltung der gesamten Beteiligung nur in der Weise möglich, daß der TH "Anteilsinhaber" wird. Als Mitinhaber des Gesamthandsvermögens ist er gleichzeitig zwingend Gesellschafter. Eine Trennung von Gesellschafterstellung und Gesamthandanteil am Gesellschaftsvermögen ist nicht möglich, da der "Anteil" des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nur die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft ist ¹⁾. Insoweit ist § 719 I BGB zwingend ²⁾. Auch aus der Bestimmung über die Anwachsung des "Anteils" am Gesellschaftsvermögen bei Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 738 I S.1 BGB, 105 II, 161 II HGB) ergibt sich, daß Mitgliedschaft und Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen untrennbar sind ³⁾.

Bei der Treuhandschaft an der gesamten Beteiligung muß der TH also Gesellschafter werden, sofern er das nicht bereits ist. ⁴⁾

I. Die Rechtsstellung in einem Rechtsverhältnis als "Treuut"
Treuhandgegenstand, "Treuut", ist die Mitgliedschaft (=Gesellschaftsbeteiligung).

Unter Treuut stellt man sich im allgemeinen einen bestimmten einzelnen Vermögensgegenstand vor, sei es eine Sache oder ein subjektives Recht. Nur wer die Mitgliedschaft als einheitliches subjektives Recht

1) Vgl. Wiedemann S. 31, Hueck OHG S.218.

2) Ob darüber hinaus der § 719 I l. Halbsatz die Übertragung des "Anteils" im Rahmen eines Gesellschafterwechsels erfassen will, braucht in diesem Zusammenhang nicht erörtert zu werden. Siehe dazu unten S. 25 ff.

3) Wiedemann S. 31

4) Zweifelnd anscheinend BGHZ 44, 158, siehe dazu S. 53, Note 1.

ansieht ¹⁾, kann also bei treuhänderischer Gesellschaftsbeteiligung von einem Treu"gut" im herkömmlichen Wortsinne sprechen.

Die Ansicht, daß die Beteiligung an einer Personalgesellschaft als einheitliches subjektives Recht, als "Mitgliedschaftsrecht", zu verstehen sei, hat sich jedoch zu Recht nicht durchgesetzt. Es ist schwerlich vorstellbar, daß ein einheitliches subjektives Recht aus verschiedenen subjektiven Rechten und vor allem auch Pflichten bestehen sollte. Ganz überwiegend wird die Mitgliedschaft heute als Rechtsverhältnis bezeichnet, das zwischen einem Gesellschafter und der Gesamtheit der Gesellschafter bestehe ²⁾. Dieses Rechtsverhältnis sei die Summe aller vermögensrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen Einzelgesellschafter und Gesellschaft ³⁾.

Grundsätzlich kann dieser herrschenden Ansicht zugestimmt werden. Die Bezeichnung Mitgliedschaft wird allerdings bisweilen in einem Zusammenhang gebraucht, in dem es weniger auf die Beziehung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft (Rechtsverhältnis) ankommt als auf den aus dieser Beziehung sich ergebenden Rechtsstatus des Gesellschafters. In solchen Fällen wird mit dem Begriff Mitgliedschaft nicht so sehr das Rechtsverhältnis, sondern eher die Rechststellung im Rechtsverhältnis umschrie-

1) Affolter ABR 42, 248(252) ("Mitgliedsrecht"), Krückmann JherJb. 74, 69(70) ("Teilhaberrecht"); Müller-Erbach, Mitgliedschaft S. 290: Es sei "manchmal gerechtfertigt, die Mitgliedschaft wie ein Recht zu behandeln", obwohl sie "nicht ein bloßes Recht, sondern ein Rechtsverhältnis" sei.

Wiedemann S. 39 sieht die Mitgliedschaft gleichzeitig als Rechtsverhältnis, als subjektives Recht und als Rechtsstellung an. U. Huber S. 7/8, 489 spricht von der Mitgliedschaft als einem der eigenen juristischen Kategorie des Verbandsrechts angehörenden "Wertrecht" am Gesellschaftsvermögen.

2) Wieland I S. 612, Würdinger I S. 66, Müller-Erbach AcP 154, 299, 321, R. Heinsheimer S. 25 ff., Staud.-Keßler § 705, Anm. 80

3) Dür.-Hach.-Geiler Anm. 90e, Staud.-Keßler § 705, Anm. 80.

ben ¹⁾. So ist es etwa, wenn von der Übertragung der Mitgliedschaft gesprochen wird: Der ausscheidende Gesellschafter überträgt dem Neugesellschafter genau genommen nicht die Rechtsbeziehung Gesellschafter - Gesellschaft, sondern seine aus dieser Beziehung sich ergebende Rechtsstellung als Gesellschafter ²⁾. Eine Rechtsbeziehung ist das rechtliche Verhältnis zwischen verschiedenen Personen oder einer Person und einer Sache. Es ist nicht möglich, ein Verhältnis auf eine bestimmte Person zu übertragen, die Beziehung zwischen Rechtssubjekten gleichsam auf ein Rechtssubjekt zu konzentrieren ³⁾. Die übernehmende Person erlangt durch die Übertragung nicht das Rechtsverhältnis, sie wird nicht Inhaber des Rechtsverhältnisses, sondern Träger der Rechtsstellung im Rechtsverhältnis.

Das wird auch von Pieper verdeutlicht, wenn er den Vorgang "Vertragsübernahme" (darunter versteht er auch den Gesellschafterwechsel in

- 1) Vgl. Larenz AT S. 164, der "die Gesamtheit der Rechtsfolgen, die sich aus dem Rechtsverhältnis für einen der an ihm Beteiligten ergeben", als dessen "Rechtsstellung in diesem Rechtsverhältnis" ansieht. Pieper S. 69 spricht von der Mitgliedschaft als der Rechtsstellung in der Gesellschaft als Gesellschafter.

Keinen Unterschied zwischen Rechtsverhältnis und Rechtsstellung im Rechtsverhältnis machen offenbar Staud.-Keßler § 705 Anm. 80 und Dür.-Hach.-Geiler Anm. 90e, wenn sie das Rechtsverhältnis gleichzeitig begreifen als Summe der Beziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft und als Summe der Rechte und Pflichten des Gesellschafters.

Nach R. Heinsheimer S. 26 ff. bedeutet Rechtsverhältnis ein doppeltes: zum einen "Gliedersein" in der Gesellschaft, zum andern "Gegenüberstehen" des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft.

- 2) So auch die Ausdrucksweise von Larenz AT S. 164 ff, der vom Übergang der Rechtsstellung im Rechtsverhältnis spricht.
- 3) Auch nach R. Heinsheimer S. 27 Note 5 kann nicht das In-Beziehungsstehen übertragen werden, sondern nur die Summe der daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten.

der Personalgesellschaft ¹⁾) beschreibt als "gewillkürten Übergang der Rechtsstellung als Partner eines Vertragsverhältnisses auf einen Dritten" ²⁾.

Wenn somit eine Mitgliedschaft treuhänderisch übertragen wird, so ist "Treugut" die Rechtsstellung als Gesellschafter in der Personalgesellschaft. Es handelt sich also nicht um einen einheitlichen Vermögensgegenstand, sondern um einen Komplex von Rechten und Pflichten. Daß neben Sachen und subjektiven Rechten auch eine gesamte Rechtsstellung, hier: Gesellschafterstellung, Treugut sein kann, wird weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum bestritten, es wird im Gegenteil in den Erörterungen zur treuhänderischen Beteiligung eines Gesellschafters vorausgesetzt ³⁾.

Aus der Komplexität des hier gegebenen Treuhandgegenstandes ergeben sich freilich Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Treugeberschutzes gegenüber den Gläubigern des TH: Wann liegt eine Vollstreckung in das "Treugut" vor? Diese Fragen sollen später im Zusammenhang mit den Untersuchungen zu Konkurs und Einzelzwangsvollstreckung erörtert werden ⁴⁾.

1) Pieper S. 67

2) Pieper S. 80/81, vgl. auch S.210: "Die Vertragsübernahme führt zu einer Sondernachfolge in die Rechtsstellung des ausscheidenden Partners."

3) BGHZ 3, 354(360), 10, 44(49), 32, 17(29) (für GmbH-Anteil), BGH-WM 1957, 705 f., 1958, 49(50), 1962, 1353(1354), Siebert S.29 ("Gegenstand treuhänderischer Verwaltung können auch ganze Vermögensmassen bilden, z.B. eine "Firma" - d.h. ein kaufmännisches Unternehmen - ..."), Dür.-Hach.-Flechtheim § 164 Anm.9, Weipert § 161 Anm.32, Schlegelb.-Geßler § 105 Anm.23, Westermann-Hdb. Rdz.I 113 (§ 8 I la), Soergel-Schultze v. Lasaulx Vorb.72 v. § 164.

4) Siehe S. 136 ff.

II. Fallgestaltungen entsprechend den verschiedenen Ausgangssituationen

Die Parteien können sich bei der Vereinbarung des Treuhandverhältnisses verschiedenen Ausgangslagen gegenübersehen:

1. Der TH ist bei Begründung des Treuhandverhältnisses Nichtgesellschafter

Zunächst kann danach unterschieden werden, ob die als TH in Aussicht genommene Person schon Gesellschafter war oder nicht. Der letztere Fall wird die Regel sein und soll demnach zuerst erörtert werden. Zur Begründung des Treuhandverhältnisses ist hier also eine Aufnahme des TH in die Gesellschaft erforderlich.

Auf welchem Wege der TH die Mitgliedschaft erwirbt, richtet sich danach, ob der TG bisher die Gesellschafterstellung innehatte oder nicht.

a) Der TG ist bei Begründung des Treuhandverhältnisses Gesellschafter

Ein Gesellschafter möchte aus bestimmten Gründen (vgl. Beispielefälle 1 und 4) seine Beteiligung einem Nichtgesellschafter als TH übertragen.

Zwei Fragenkreise müssen hier - wie in jedem Fall der Begründung einer Treuhandschaft im Bereich der Personalgesellschaften - besonders beachtet werden:

- 1.) Sind die für die Begründung eines "echten" Treuhandverhältnisses¹⁾ erforderlichen Voraussetzungen gegeben?
- 2.) Stehen die Vereinbarungen im Einklang mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen?

zu 1.):

Treugut ist die Gesellschafterstellung. Diese Gesellschafterstellung soll vom TG an den TH übertragen werden. Daß ein "echtes" Treuhandverhältnis durch unmittelbare Übertragung des Treuguts, d.h. der vollen

1) Das RG nimmt ein "echtes" Treuhandverhältnis nur an bei unmittelbarer Übertragung des Treuguts vom TG auf den TH, z.B.: RGZ 84, 214, 91, 16, 133, 87, 153, 353. Einschränkungen in neuerer Zeit durch BGH-NJW 1954, 190ff. u. BGH-DB 1959, 620.

Rechtsinhaberschaft, vom TG auf den TH begründet werden kann, ist nicht zu bezweifeln. Die Frage, ob es nur auf diese Weise begründet werden kann ("Prinzip der Unmittelbarkeit"), braucht also in diesem Zusammenhang zunächst nicht entschieden zu werden.

zu 2.):

Bedenken gegen die unmittelbare Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung könnten sich aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen ergeben.

Zwar ist die Personalgesellschaft in ihrem Bestehen im Zweifel von dem gleichbleibenden Gesellschafterbestand abhängig (vgl. §§ 727 I BGB, 131 Nr.4, 161 II HGB, aber: 177 HGB). Das gilt aber nur dann, wenn gesellschaftsvertraglich nichts anderes vereinbart ist. Aus den §§ 130, 131 Nr.4 Halbs.2, 138 - 141, 173 und 177 HGB geht hervor, daß ein Personenwechsel bei der Personalhandelsgesellschaft nicht zwingenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen widerspricht. Fraglich ist nur, ob ein Gesellschafterwechsel im Wege der rechtsgeschäftlich herbeigeführten Rechtsnachfolge (unmittelbare Übertragung der Beteiligung vom Alt- auf den Neugesellschafter) möglich ist, oder ob jeweils Ausscheiden und Neuaufnahme durch Aufnahmevertrag erforderlich sind. Ist letzteres der Fall, so kann auch in der vorliegenden Situation von einer unmittelbaren Übertragung nicht die Rede sein.

Aus § 2033 BGB, der die Übertragung einer gesamthänderischen Berechtigung zuläßt, ergibt sich, daß man die Unübertragbarkeit der Gesellschafterstellung zumindest nicht aus dem Gesamthandsprinzip herleiten kann ¹⁾. Auf der anderen Seite ist aber § 2033 BGB auch kein überzeugendes Argument für die Übertragbarkeit einer Gesellschafterstellung, da diese Vorschrift eine Sonderregelung für die unfreiwillig zustandegekommene und auf Auseinandersetzung gerichtete Erbengemeinschaft sein kann. ²⁾

1) BGHZ 13, 183

2) Soergel-Schultze v. Lasaulx § 719 Anm.4

Auch die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft an einer Personalgesellschaft ist jedoch dem Gesetz nicht fremd. Der Erbe eines Kommanditisten (§ 177 HGB) sowie bei entsprechender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag der Erbe eines persönlich haftenden Gesellschafters (§ 139 HGB) werden ohne Aufnahmevertrag mit dem Erbfall Gesellschafter.

Die früher herrschende Meinung ¹⁾ hat jedoch aus dieser für den erbrechtlichen Übergang gesetzlich vorgesehenen Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft nicht die Möglichkeit der Rechtsnachfolge auf Grund rechtsgeschäftlicher Übertragung hergeleitet.

Bei den Untersuchungen zur Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung zog man die §§ 717, 719 BGB heran, die auch für die OHG und KG gelten (§§ 105 II, 161 II HGB).

Zunächst ist festzustellen, daß in keiner dieser beiden Bestimmungen ausdrücklich von der Übertragung der Mitgliedschaft als solcher die Rede ist. Wenn man dennoch aus § 717 BGB die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft folgern will, so wird dabei übersehen, daß § 717 BGB nur die "Abspaltung" einzelner Mitgliedschaftsrechte von der Mitgliedschaft (zumindest gegen den Willen der Mitgesellschafter ²⁾) verhindern will (§ 717 S.1 BGB), nicht aber einen Gesellschafterwechsel, der eine solche unerwünschte Trennung von Gesellschafterstellung und Mitverwaltungsrechten gerade nicht zur Folge hat ³⁾.

Größer ist die Zahl derjenigen, die sich bei der Frage der Übertragbarkeit oder Nichtübertragbarkeit der Gesellschafterstellung auf § 719 I BGB

1) RGZ 52,161(162), 83,312(314), 128,172(176), Staub-Pinner § 109 Anm.19, Zitelmann JherJb. 73,185 ff., v. Godin JR 1948, 65. In neuerer Zeit noch: Staud.-Keßler § 719 Anm.4, Buchwald BB 1955, 52 ff.

Inkonsequent Hueck OHG S. 396 f., der zwar die Übertragung der Mitgliedschaft als möglich ansieht, aber dennoch zusätzlich einen Aufnahmevertrag auch in diesen Fällen für erforderlich hält. Vgl. hierzu unten S. 29 ff.

2) Inwieweit § 717 S.1 BGB zwingend ist, braucht hier nicht geklärt zu werden.

3) Ganssmüller DB 1967, 891.

berufen ¹⁾. Mit "Anteil am Gesellschaftsvermögen" sei, so wird argumentiert, in Wirklichkeit die Mitgliedschaft selbst gemeint. Da ein Wechsel der Mitgliedschaft aber keinen Verstoß gegen unabdingbare Prinzipien des Rechts der Personalgesellschaften bedeute, sei § 719 I BGB insoweit (1. Halbs., 1. Alt.) dispositiv ²⁾. Die Vertreter dieser Ansicht kommen also trotz des Verbotes des § 719 I BGB zur Übertragbarkeit der Mitgliedschaft mit Zustimmung der Mitgesellschafter.

Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Wenn der § 719 I BGB vom "Anteil an dem Gesellschaftsvermögen" spricht, so ist das zugegebenermaßen insofern ungenau, als es bei der Gesamthand keinen (quotenmäßigen) Vermögensanteil des einzelnen Gesamthänders gibt. Dies berechtigt jedoch nicht dazu, nunmehr die Bedeutung des § 719 I, 1. Halbs., 1. Alt. BGB im Verbot der Übertragung der Mitgliedschaft als solcher zu sehen und dieses Verbot im Gegensatz zu dem der 2. Alternative des 1. Halbsatzes als dispositiv anzusehen. Mit "Anteil am Gesellschaftsvermögen" ist vielmehr die Teilnahme an der vermögensrechtlichen Zuordnung gemeint ³⁾. Neben dem Wortlaut des § 719 BGB spricht hierfür die Stellung dieser Bestimmung im Zusammenhang der Vorschriften über das Gesamthandvermögen. Außerdem wäre es sehr verwunderlich, wenn der Gesetzgeber in zwei Alternativen innerhalb eines Halbsatzes gleichsam "in einem Atemzug" so grundsätzlich verschiedene Dinge geregelt hätte wie die (dispositive, weil dem Gesamthandprinzip nicht widersprechende) Nichtübertragbarkeit der Mitgliedschaft und das (zwingende, weil aus dem Gesamthandprinzip folgende) Verfügungsverbot bezüglich der "Anteile" an den Einzelgegenständen des Gesellschaftsvermögens ⁴⁾. Der § 719 I, 1. Halbs., 1. Alt. BGB spricht nur die aus dem Gesamthandprinzip sich ergebende zwingende Folge aus, daß eine Trennung der vermögensrechtlichen Betei-

1) BGHZ 13, 179 (186) = BGH-LM Nr. 1 zu § 719 BGB m. Anm. Fischer, Dür.-Hach.-Geiler Anm. 26, Hueck Gesellschaftsrecht S. 17, Erman-Schulze-Wenck § 719 Anm. 1., Palandt-Thomas § 719 Anm. 2b.

2) Z.B. BHG-WM 1961, 303, Palandt-Thomas § 719 Anm. 2b.

3) Wiedemann S. 31, Larenz Schuldr. II § 60 IV a, Ganssmüller DB 1967, 891, U. Huber S. 360 ff.

4) Wiedemann S. 32

ligung von der Mitgliedschaft in der Gesamthandsgemeinschaft nicht möglich ist ¹⁾. Aus § 719 I BGB kann also zur Begründung der Übertragbarkeit oder Nichtübertragbarkeit der gesamten Mitgliedschaft nichts hergeleitet werden.

Die Problematik ist vielmehr allgemeiner. Da mit der herrschenden Meinung davon auszugehen ist, daß die Mitgliedschaft in der Personalgesellschaft kein einheitliches subjektives Recht ist ²⁾, sondern eine aus gesellschaftsvertraglich näher konkretisierten Rechten und Pflichten bestehende Rechtsstellung in einem Rechtsverhältnis, stellt sich die Frage, ob ein solches auf vertraglicher Grundlage beruhendes "Rechte- und Pflichtenbündel" überhaupt einheitlich, d.h. durch einen einzigen rechtsgeschäftlichen Akt, übertragbar ist. Das unmittelbare Einrücken in eine Gesellschafterstellung kraft Sonderrechtsnachfolge wird von hier aus gesehen zu einem Spezialfall der sogenannten "Vertragsübernahme" ³⁾. Es handelt sich also nicht lediglich um die Abtretung einer Forderung nach § 398 BGB und die Übernahme einer Schuld, §§ 414, 415 BGB, sondern um den Übergang einer gesamten Rechtsstellung mit den dazugehörigen Gestaltungsrechten sowie Nebenrechten und -pflichten. In den Vorschriften des BGB ist eine Regelung der gewillkürten Vertragsübernahme nicht getroffen. Das mag daran liegen, daß der Gesetzgeber die Bedeutung eines Schuldverhältnisses im weiteren Sinne nicht genügend berücksichtigt hat ⁴⁾. Durch die Verbindung von Abtretung (§ 398 BGB) und Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB) allein läßt sich ein umfassendes Einrücken in eine Vertragspartnerstellung mit allen ihren während der Zeit des Vorgängers begründeten und zusammenhängenden Rechten und Pflichten nicht bewerkstelligen. Nach der "Zerlegungstheorie" ⁵⁾ soll dies allerdings der einzige rechtlich mögliche Weg sein, eine Sonderrechtsnachfolge herbeizuführen.

1) Westermann-Hdb. Rdz. I 282, § 25 I 3.

2) Siehe S. 20

3) Pieper S. 67

4) Pieper S. 185

5) Staub-Heinichen Anh. zu § 374 Anm. 2a, Staud.-Werner Einl. I 1 zu § 398, H. Lehmann ZHR 79, 57 ff. (84).

In neuerer Zeit: BGH-NJW 1961, 454, Soergel-Schmidt Anm. 5 vor § 398.

Dem ist entgegenzuhalten, daß auch dem Gesetz der Übergang einer Rechtsstellung als einheitlicher Vorgang, wenn auch nicht kraft Rechtsgeschäftes, nicht unbekannt ist. Hinzuweisen ist hier z.B. auf § 571 BGB und § 69 VVG. Angesichts der im Schuldrecht herrschenden Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) müßten deshalb triftige Gründe vorliegen, um die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Nachfolge in ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne ablehnen zu können. Solche Gründe sind aber nicht ersichtlich. Gerade das Vertragsrecht muß vielmehr geeignet sein, sich veränderten wirtschaftlichen und sozialen Lebensverhältnissen anzupassen. Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß heute ein Bedürfnis nach solchen einheitlichen Übertragungen einer Rechtsstellung besteht. Man denke etwa an das Einrücken in Arbeits- (§ 613 a BGB), Miet- und langfristige Lieferungsverträge bei der Veräußerung eines gewerblichen Unternehmens. Larenz¹⁾ weist zudem mit Recht auf den § 30 Mieterschutzgesetz hin, der erkennen lasse, daß auch der Gesetzgeber von der Möglichkeit eines rechtsgeschäftlichen Vertragspartnerwechsels ausgehe.

Die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme ist daher anzuerkennen²⁾. Da regelmäßig in der Vertragsübernahme Forderungsabtretungen und befreiende Schuldübernahmen mitenthalten sind, sind die für diese Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften entsprechend heranzuziehen³⁾. Insbesondere ist analog §§ 414, 415 BGB die Zustimmung des verbleibenden Vertragspartners erforderlich. Das ergibt sich schon daraus, daß niemand sich gegen seinen Willen einen neuen Vertragspartner aufdrängen zu lassen braucht.

Übertragen auf das Spezialproblem der Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung bedeutet das: Da allgemein das Einrücken in ein Vertragsverhältnis kraft Sonderrechtsnachfolge zulässig ist und die personale Struktur

1) Larenz SchuldR. I S. 371

2) BGH-MDR 1958, 90, BGHZ 44, 231 (anders allerdings BGH-NJW 1961, 454), Pieper S. 184 ff., Wiedemann S. 44 ff., Enn.-Lehmann § 87 I, S. 349, Larenz SchuldR. I S. 421 ff., Esser I S. 423 ff., Fikentscher § 59 V, S. 331

3) Enn.-Lehmann S. 351

des Gesellschaftsverhältnisses einem Gesellschafterwechsel nicht entgegensteht¹⁾, ist eine unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaft mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich²⁾. Der Gesellschaftsvertrag kann auch für diesen Fall einen Mehrheitsbeschluß vorsehen und sogar von vornherein bestimmten oder allen Gesellschaftern das Recht einräumen, ihre Mitgliedschaft einem Rechtsnachfolger zu übertragen³⁾. Von diesen rechtlichen Möglichkeiten ist auch bei der Begründung von Treuhandverhältnissen hinsichtlich der Beteiligung an einer Personalgesellschaft auszugehen.

Hat sich somit heute die Auffassung durchgesetzt, daß die Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft übertragbar ist, so besteht doch keine Einigkeit über die Voraussetzungen des Übertragungsgeschäfts. Die Streitfrage geht darum, ob zum Einrücken in die Gesellschafterstellung neben dem "Abtretungsvertrag" zwischen ausscheidendem und eintretendem Gesellschafter noch zusätzlich ein "Aufnahmevertrag" des Neugesellschafters mit allen übrigen Gesellschaftern erforderlich ist oder nicht⁴⁾. Verlangt man zur Rechtswirkung des Mitgliedschaftsüberganges einen solchen Aufnahmevertrag, so kann man, da in der Regel Abtretungs- und Aufnahmevertrag in einem Akt zusammenfallen werden, von der Theorie des Doppelvertrages sprechen⁵⁾.

1) Siehe S. 24.

2) BGHZ 13, 187, 44, 231, Wiedemann S. 48 ff., Dür.-Hach.-Flechtheim § 130 Anm. 5, H. Lehmann Gesellschaftsrecht S. 118, Pieper S. 67 ff., weitere Literaturangaben bei U. Huber S. 352 ff.

3) Hueck OHG S. 396, der allerdings zusätzlich einen Aufnahmevertrag verlangt.

4) Für die Erforderlichkeit eines Aufnahmevertrages z. B.:

RGZ 128, 172 ff. (177), Wieland I S. 659 f., Staud.-Kessler § 719, Anm. 5 und § 736 Anm. 15, Hueck OHG S. 395 f. (Außer Betracht müssen hier die Stimmen bleiben, die ohnehin die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft ablehnen und somit für den Gesellschafterwechsel ohne weiteres von der Erforderlichkeit eines Aufnahmevertrages ausgehen). ./.

Das Einverständnis der Gesellschafter zum Mitgliederwechsel stellt sich nach dieser Auffassung somit nicht als Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. BGB dar, sondern als echte Vertragserklärung.

Demgegenüber geht die Theorie des einfachen Verfügungsgeschäfts ¹⁾ davon aus, daß die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft allein durch den Übertragungsvertrag zwischen dem Ausscheidenden und dem Erwerber bewirkt werde, wobei dieser Vertrag zu seiner Wirksamkeit allerdings der Zustimmung (i. S. d. §§ 182 ff. BGB) der Mitgesellschafter bedürfe. Bei dieser Kontroverse handelt es sich nicht um einen Theorienstreit ohne jegliche praktische Bedeutung. Sieht man in der erforderlichen Mitwirkung der Mitgesellschafter eine Vertragserklärung, so muß diese dem aufzunehmenden Gesellschafter gegenüber abgegeben werden, während eine Zustimmung i. S. d. §§ 182 ff. BGB "sowohl dem einen als auch dem anderen Teile" (also entweder dem ausscheidenden oder dem eintretenden Gesellschafter) erklärt werden kann (§ 182 I BGB). Unterschiede ergeben sich weiter hinsichtlich der Bindung der Gesellschafter an eine vorweggenommene Einverständniserklärung (§§ 145 ff. BGB einerseits, § 183 BGB andererseits) sowie hinsichtlich der Frage, wann der Gesellschafterwechsel bei nachträglichem Einverständnis der Gesellschafter als vollzogen angesehen werden kann (Rückwirkung nur, falls es sich um eine Genehmigung handelt, § 184 BGB) ²⁾.

Fortsetzung von S. 29 Note 4:

... Gegen einen zusätzlichen Aufnahmevertrag: BGH-WM 1958, 49(50), BGHZ 13, 179(185 ff.), der sich insoweit unzutreffenderweise auf Hueck beruft, Fischer RGRK-BGB § 736 Anm. 5, Fischer RGRK-HGB § 109, Anm. 23, Pieper S. 73 ff., U. Huber S. 359 Note 37 und S. 362 f.

Differenzierend: Würdinger I S. 68 f., Wiedemann S. 67, Siebert Gesellschaftsvertrag S. 16 ff., die einen zusätzlichen Aufnahmevertrag nur dann für entbehrlich halten, wenn die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist. Unentschieden: Schlegelb.-Geßler § 130 Anm. 15.

- 5) U. Huber S. 354 ff. gebraucht diesen Begriff allerdings für die Kombination Austritt/Eintritt, nicht für das Zusammenfallen von Abtretungs- und Aufnahmevertrag. ./.

Für die Lösung dieser Streitfrage ist die Anerkennung einer Sondernachfolge in die Gesellschafterstellung vorentscheidend. Die Abkehr von der Ansicht, ein Gesellschafterwechsel könne nur durch Austritt und Eintritt erreicht werden, bedeutet gleichzeitig die Anerkennung eines derivativen Erwerbs der Mitgliedschaft, des Sukzessionscharakters der Mitgliedschaftsübertragung¹⁾. Es gibt also neben dem originären Erwerb der Mitgliedschaft durch Eintritt in die Gesellschaft (Aufnahmevertrag) die Möglichkeit des Einrückens in die Mitgliedsstellung im Wege der rechtsgeschäftlich herbeigeführten Rechtsnachfolge. Diese beiden Erwerbsarten werden unzulässigerweise miteinander vermischt, wenn man zum wirksamen Einrücken in eine Gesellschafterstellung Abtretungs- und Aufnahmevertrag verlangt²⁾. Man kann eine Gesellschaftsbeteiligung ebenso wenig wie andere Rechtspositionen "gleichzeitig originär durch Abschluß eines Beitrittsvertrages und derivativ durch Zession erwerben"³⁾. Welche Rechtsnachfolgewirkung kommt dem Übertragungsgeschäft überhaupt noch zu, wenn der Erwerber die Mitgliedschaft nicht schon durch den Verfügungsvertrag mit seinem Vorgänger, sondern letztlich erst durch einen zusätzlichen Aufnahmevertrag erlangt? Unklar bleibt auch, welche Rechtsfolge der "Abtretungsvertrag" haben soll, falls es aus irgendeinem Grunde nicht zu einem wirksamen Aufnahmevertrag kommt. Wer das Einrücken des Mitgliedschaftserwerbers in die Gesellschaft von dem Abschluß eines neuen (schuldrechtlichen) Beitrittsvertrages abhängig macht, leugnet in Wirklichkeit die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft im Wege der Rechtsnachfolge⁴⁾ und verlagert den Vorgang des Gesellschafterwechsels völlig auf das Gebiet schuldrechtlicher Vereinbarungen ohne dinglich Wirkung⁵⁾.

Fortsetzung von S. 30 Note 1:

- 1) So die Bezeichnung von U. Huber S. 358.
- 2) Vgl. Bettermann MDR 1958, 90 (für den Fall eines Parteiwechsels in einem Mietverhältnis).

- 1) Pieper S. 74 f.
- 2) U. Huber S. 362: "Nur eines von beiden" (entweder Erwerb durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrags oder durch Verfügung des ausscheidenden Gesellschafters)" kann richtig sein".

- 3) U. Huber S. 363

- 4) Vgl. BGHZ 13, 185.

- 5) Fischer RGRK-BGB § 719 Anm. 3

Es ist unbestreitbar, daß ein solcher Gesellschafterwechsel auch allein durch schuldrechtliche Vereinbarungen (Austrittsvereinbarung, Aufnahmevertrag) herbeigeführt werden kann. Man darf dann aber nicht gleichzeitig von "Rechtsnachfolge", "Abtretung" und "Übertragung" sprechen¹⁾, von Begriffen also, die nur auf Verfügungsgeschäfte angewandt werden können.

Die Übertragung der Mitgliedschaft mit der Wirkung der Rechtsnachfolge des Erwerbers in die Gesellschafterstellung des Übertragenden ist demnach als abstrakter Verfügungsvertrag zwischen altem und neuem Gesellschafter anzusehen, der wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Gesellschaftssphäre der Zustimmung der übrigen Gesellschafter gemäß §§ 182 ff. BGB bedarf²⁾. Diese rechtliche Beurteilung der Nachfolge in die Gesellschafterstellung ist unabhängig davon, ob die erforderliche Zustimmung der Gesellschafter bereits im Gesellschaftsvertrag generell oder für den konkreten Fall vorgesehen ist oder ob das Einverständnis ad hoc erteilt wird³⁾. Der Zeitpunkt der Einverständniserklärung der Gesellschafter kann keinen Einfluß haben auf die rechtliche Qualifizierung des Übertragungsgeschäftes.

Die Übertragung der Mitgliedschaft in Personalhandelsgesellschaften ist formfrei. Dem Übertragungsgeschäft als abstraktem Verfügungsvertrag liegt in aller Regel ein Kausalverhältnis zugrunde. Meistens handelt es sich dabei um einen Kauf- oder Schenkungsvertrag. Bei der treuhänderischen Übertragung ist die causa das obligatorische Treuhandverhältnis (Auftrags-, Geschäftsbesorgungs- oder Sicherungsverhältnis). Das obligatorische Grundgeschäft, aus dem sich die Verpflichtung zur Mitgliedschaftsübertragung ergibt, bedarf nicht der Zustimmung der Mitgesell-

-
- 1) So aber: Hueck OHG S. 395 ff. ("Übertragung, Rechtsnachfolge"), Staud.-Keßler § 736 Anm.15 ("Abtretungsvertrag"). Würdinger I S. 68 f. ("Übertragung"), Wieland I S. 659 ("Verfügung des Abtretenden").
 - 2) U. Huber S. 387 kommt zur unmittelbaren Anwendung der Zessionsvorschriften §§ 398, 413 BGB, da er die Mitgliedschaft als einheitliches subjektives Recht begreift.
 - 3) A.A.: Würdinger I S. 68 f., Wiedemann S. 67, Siebert Gesellschaftsvertrag S. 16 ff.

schafter, da die Verpflichtung zur Übertragung des Gesellschaftsverhältnisses noch nicht unmittelbar berührt¹⁾. Das gilt auch dann, wenn als Kausalverhältnis ein Treuhandverhältnis vorliegt, dessen Wirkungen sich ja nicht in der Verpflichtung zur Mitgliedschaftsübertragung erschöpfen²⁾.

Die Tatsache, daß die Übertragung der Mitgliedschaft nur treuhänderisch erfolgt, ändert nichts an dem Zustimmungserfordernis bezüglich des dinglichen Übertragungsgeschäfts³⁾. Denn es vollzieht sich auch hier im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftern und gegenüber Außenstehenden ein echter Gesellschafterwechsel.

Andererseits genügt aber eine generelle Zustimmung im Gesellschaftsvertrag auch für eine nur treuhänderische Übertragung. Das wird bisweilen verneint mit der Begründung, es sei ein Unterschied, ob ein Dritter endgültig in die Gesellschaft einrücke oder "nur zeitweilig und mit den besonderen Auswirkungen des Treuhandverhältnisses"⁴⁾. Das kann jedoch nicht überzeugen: Zunächst liegt auf der Hand, daß in Fällen einer "verdeckten Treuhand", also dann, wenn die treuhänderische Bindung des Neugesellschafters den Mitgesellschaftern gegenüber nicht offenkundig werden soll, eine die Treuhandvereinbarung umfassende Zustimmung nicht denkbar ist. Eine solche "verdeckte" Treuhand ist bei der Personalgesellschaft aber als zulässig anerkannt⁵⁾.

1) BGH-WM 1958, 49 ff., Soergel-Schultze v. Lasaulx § 719 Anm. 5, Schlegelberger-Geßler § 130 Anm. 13

Ebenso für die Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Anteilen im Falle des § 15 V GmbHG: RG-JW 1934, 1413, Baumbach-Hueck § 15 Anm. 5 A, Hachenburg-Schilling § 15, Anm. 49.

2) BGH-WM 1958, 50, für die GmbH mit Satzungsklausel gem. § 15 V: Hachenburg-Schilling § 15 Anh. I Anm. 10 b.

3) BGH-WM 1957, 705(706), Schlegelb.-Geßler § 130 Anm. 13

4) W. Müller S. 111

5) BGHZ 10, 49, BGH-WM 1962, 1353, Westermann-Hdb. Rdz. I 113 § 8 I 1 b.

Abgesehen von dieser Fallgestaltung ist darauf hinzuweisen, daß der TH Gesellschafter mit allen daraus sich ergebenden Rechten und Pflichten wird und seine Bindung an den TG lediglich schuldrechtlich ist ¹⁾. Unmittelbaren Einfluß auf die Gesellschaft kann der TG - wenn überhaupt ²⁾ - nur mit entsprechendem Einverständnis der Gesellschafter erlangen. Eine lediglich obligatorische Bindung eines Gesellschafters aber, mit oder ohne Wissen der Mitgesellschafter, ist auch außerhalb von Treuhandverhältnissen keine Seltenheit. Man denke etwa an die schuldrechtliche Stimmrechtsbindung eines Gesellschafters an einen Dritten. Eine solche Vereinbarung bedarf nicht der Genehmigung der Gesellschafter, da sie nicht unmittelbar sich auf das Gesellschaftsverhältnis auswirkt ³⁾. Verhält sich der den Weisungen des TG folgende TH gesellschaftsschädigend, so ist die Gesellschaft durch Schadenersatzansprüche gegen den TH und gegebenenfalls durch die Möglichkeit einer Ausschlußklage (§§ 140, 161 I HGB) geschützt, in besonderen Fällen auch durch Inanspruchnahme des TG gemäß § 826 BGB ⁴⁾.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß eine Treuhandschaft hinsichtlich der Beteiligung an einer Personalgesellschaft dadurch begründet werden kann, daß ein Gesellschafter seine Beteiligung einem Dritten überträgt, verbunden mit dem schuldrechtlichen pactum fiduciae. Die treuhänderische Bindung des TH-Gesellschafters kann den Mitgesellschaftern gegenüber "offen" oder "verdeckt" sein. Die Übertragung der Mitgliedschaft bedarf wie jeder rechtsgeschäftlich herbeigeführte Gesellschafterwechsel der Zustimmung der Gesellschafter. Diese Zustimmung

1) BGHZ 3,360, 10,49, BGH-WM 1958,49(50)

2) Das soll später, S. 79 ff., untersucht werden.

3) Ulmer Wpg. 1963,346 für die GmbH mit einer Vereinbarung gem. § 15 V GmbHG. A.A.: Koll Wpg. 1963,343 f. Seiner Ansicht nach kommt es nicht auf die Unmittelbarkeit der Einflußnahme an, sondern darauf, daß der TH regelmäßig den Anweisungen des TG Folge leisten wird. Dann müßte Koll aber konsequenterweise jede schuldrechtliche Bindung eines Gesellschafters an einen Dritten als genehmigungsbedürftig ansehen, ja sogar den Umstand, daß sich der Gesellschafter häufig an den Ratschlag eines Dritten hält.

4) Ulmer Wpg. 1963,346

kann bereits im Gesellschaftsvertrag vorweg erteilt sein. Die Tatsache, daß die Übertragung zu Treuhandzwecken erfolgt, hat auf das Zustimmungserfordernis keinen Einfluß.

In dieser ersten Gruppe der Fallgestaltungen (TH war bisher Nichtgesellschafter, TG war bisher Gesellschafter) wäre noch zu denken an die Vereinbarung, daß der TG seine Mitgliedschaft nur "zu einem Teil" an den TH "überträgt" und zum anderen Teil selbst Gesellschafter bleibt. Eine solche "Teilübertragung" hätte das Ziel, eine hohe kapitalmäßige Beteiligung auf zwei oder mehrere Personen aufzuteilen. Sinnvoll könnte das vor allem bei einer Sicherungstreuhand sein, wenn eine Übersicherung, die durch Übertragung der gesamten Gesellschafterstellung auf den Sicherungsnehmer entstünde, vermieden werden soll.

Eine solche "Teilübertragung" würde voraussetzen, daß die Mitgliedschaft als solche teilbar ist. Die Mitgliedschaft ist eine aus Verwaltungs- und Vermögensrechten und -pflichten bestehende Rechtsstellung. Hinsichtlich der Verwaltungsrechte (Stimmrecht¹⁾, Kontrollrechte, Geschäftsführungsbefugnis u. a.) kann von einer Teilbarkeit schwerlich die Rede sein. Daran ist aber bei einer "Teilübertragung" auch nicht gedacht. Vielmehr soll der Neueintretende diese Rechte neu erwerben und neben dem Altgesellschafter ausüben, es kommt also zu einer Vervielfältigung der Verwaltungsrechte²⁾. Aber auch im Hinblick auf den "Anteil am Gesellschaftsvermögen" ist eine Teilbarkeit zu verneinen. Der "Anteil am Gesellschaftsvermögen" ist eben gerade nicht ein quotenmäßiger, rechnerisch ausdrückbarer Vermögens-

- 1) Ist in Abweichung von der gesetzlichen Regelung (§ 119 II HGB) gesellschaftsvertraglich die Berechnung des Stimmrechts nach Kapitalanteilen festgesetzt, so ist allerdings eine Teilung des (Mehr-) Stimmrechts denkbar, aber eben nur als Folge der Umschreibung des Kapitalanteils, nicht als Ergebnis einer "Teilübertragung" des Gesellschaftsanteils.
- 2) Dür.-Hach.-Flechtheim § 139 Anm. 15, Wiedemann S. 65 und S. 310 Note 1.

anteil, sondern bedeutet: Beteiligung an der Gesamthand als Zuordnungssubjekt des Gesellschaftsvermögens. Diese Teilnahme an der gesamthänderischen Vermögensinhaberschaft kann nicht geteilt werden.

Die "Teilübertragung" des Gesellschaftsanteils führt also auch nicht zu einer Teilung des Anteils am Gesellschaftsvermögen, sondern zur Begründung eines neuen, zusätzlichen Anteils am Gesellschaftsvermögen ¹⁾.

Was mit "teilweiser Übertragung des Anteils" bezeichnet wird, ist in Wirklichkeit die Begründung einer neuen Mitgliedschaft, verbunden mit der Umbuchung eines bestimmten Betrages vom Kapitalanteil des "Übertragenden" auf das damit errichtete Kapitalkonto des Neugesellschafters ²⁾.

Wir haben es demnach hier nicht mit einem Erwerb der Mitgliedschaft im Wege der Rechtsnachfolge zu tun. Es ist deshalb bedenklich, hier von einer (Teil-) "Übertragung" der Mitgliedschaft zu reden ³⁾. Wenn man die Beteiligung an der Gesellschaft zum Gegenstand des Treuhandverhältnisses macht, so kann man in diesem Fall - rechtlich gesehen - nicht von einer unmittelbaren Übertragung des Treuguts vom TG auf den TH sprechen. Wir stoßen damit auf das sog. "Unmittelbarkeitsprinzip", das aber erst innerhalb der nächsten, in der Praxis wesentlich bedeutsameren Gruppe von Fallgestaltungen erörtert werden soll.

b) Der TG ist bei Begründung des Treuhandverhältnisses Nichtgesellschafter

Die Begründung einer treuhänderischen Gesellschafterstellung ist auch dann denkbar, wenn der TG von vornherein Nichtgesellschafter ist und somit eine unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaft nicht in Frage kommt (vgl. Beispielsfall 2 ⁴⁾). Der Vorgang wird sich in einem solchen Fall dergestalt

-
- 1) Unklar Hueck OHG S. 400, der von der "Übertragung eines Bruchteils der vermögensrechtlichen Stellung" spricht, aber wohl das Richtige meint.
 - 2) Wiedemann S. 65, Hueck OHG S. 400
 - 3) Den Ausdruck "Teilübertragung des Gesellschaftsanteils" halten Wiedemann S. 64 f. und Hueck OHG S. 400 anscheinend für unbedenklich, obwohl auch ihre Deutung des Vorganges dem widerspricht.
 - 4) S.S. 6.

abspielen, daß der TG einen Vertrauensmann beauftragt, für seine (des TG) Rechnung im eigenen Namen einen Gesellschaftsanteil zu erwerben, sei es durch Teilnahme an der Gründung einer Gesellschaft, sei es durch Beitritt in eine schon bestehende Gesellschaft. Ob in einem solchen Fall die übernommene Einlage des TH mit Mitteln geleistet wird, die der TH bereits vom TG erhalten hat ¹⁾, oder ob der TH zunächst eigene Mittel einsetzt und sich dann die Aufwendungen vom TG ersetzen läßt, auf jeden Fall fehlt es hier an der unmittelbaren Übertragung des Treuguts, d.h. der Gesellschafterstellung, vom TG auf den TH.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung spielt in den Erörterungen zum Treuhandrecht eine herausragende Rolle. In der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wurde diese Unmittelbarkeit als Voraussetzung für das Entstehen eines "echten" Treuhandverhältnisses angesehen. In dem grundlegenden Urteil vom 19. 5. 1914 ²⁾ heißt es, man könne von einem Treuhandverhältnis, "jedenfalls im Rechtssinne, nur dann sprechen, wenn der eine (Treugeber) aus seinem Vermögen dem anderen (Treuhandler) einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d.h. übereignet, und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll". Die Beschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips auf Treuhandverhältnisse "im Rechtssinne" - besser wäre die Formulierung: im engeren Sinne - läßt darauf schließen, daß von dieser Voraussetzung nicht das Treuhandverhältnis schlechthin, sondern nur bestimmte Rechtswirkungen abhängen sollen. In der Tat geht aus anderen Entscheidungen des Reichsgerichts hervor, daß man, soweit es sich um rein obligatorische Wirkungen im Innenverhältnis zwischen TG und TH handelt, auch dann von "Treuhandverhältnis" spricht, wenn das Treugut nicht unmittelbar aus dem Vermögen

1) Vgl. den Sachverhalt, der BGHZ 48, 163 zugrunde liegt:

Treuhandlerische Innehabung von Geschäftsanteilen an einer GmbH, die mit Mitteln des TG erworben worden sind.

2) RGZ 84, 214(217), diese Rechtsprechung wird fortgesetzt z.B. in RGZ 91, 16, 94, 308, 127, 341, 133, 87, 153, 353.

des TG auf den TH übertragen worden ist. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit spielt immer dann eine Rolle, wenn es um die von der Rechtsprechung anerkannte quasi-dingliche Schutzstellung des TG im Konkurs des TH oder bei einer Zwangsvollstreckung in das im Eigentum des TH stehende Treugut geht ¹⁾.

Der BGH hat diese Rechtsprechung im Grundsatz fortgeführt ²⁾. Er hat jedoch eine Ausnahme gemacht für den Fall der sogenannten "Anderkonten" ³⁾: Hält jemand ein Konto im eigenen Namen, aber offenkundig für fremde Rechnung, so könnte man nach dem Unmittelbarkeitsprinzip nur diejenigen Forderungen des TH gegen die Bank als (echtes) Treugut ansehen, die ihm als solche vom TG übertragen worden sind. Der BGH hat jedoch auch die durch Bareinzahlungen, sei es des TG, des TH oder eines Dritten, an die Bank entstandenen Forderungen des TH gegen diese als aussonderungsfähiges Treugut anerkannt.

In einer späteren Entscheidung ⁴⁾ machte der BGH eine entsprechende Ausnahme auch für treuhänderisch im eigenen Namen geführte Postscheckkonten.

Das Problem der Unmittelbarkeit hat auch im Schrifttum immer wieder Anlaß zu ausführlichen Erörterungen gegeben, die sich teils der Rechtsprechung - mit geringen Abweichungen - anschließen ⁵⁾, teils aber auch gegen das Unmittelbarkeitsprinzip Stellung nehmen ⁶⁾.

1) Allerdings hat auch in solchen Fällen das Reichsgericht vereinzelt das Unmittelbarkeitsprinzip außer acht gelassen, vgl. RGZ 45, 80(82), 79, 121.

2) Z.B.:BGH-WM 1964, 179, 1965, 173(174)

3) BGH-NJW 1954, 190

4) BGH-DB 1959, 620

5) Siebert S.182 ff., Friedmann S.892, Jaeger-Lent § 43 Anm.41, Baumbach-Lauterbach § 771 Anm.6 Ausführlich über das Unmittelbarkeitsproblem bei der fiduziarischen Treuhand: Radke: "Das Unmittelbarkeitsproblem ..." Diss. Köln 1933.

6) Z.B. Schless S. 42, Emmerich GmbH-Rdsch. 1931, 153(155). ./.

Eine umfassende Auseinandersetzung mit allen Stimmen des Schrifttums kann im Rahmen dieser Arbeit nicht die Aufgabe sein. Es soll nur in möglichst knapper Form untersucht werden, ob die von der Rechtsprechung entwickelte Einschränkung aufrechterhalten werden kann, weil davon die Zulässigkeit der erwähnten Form der Begründung eines (echten) Treuhandverhältnisses bei einer Personalgesellschaft abhängt.

Das Reichsgericht hat davon gesprochen, daß bei unmittelbarer Übertragung das Treugut zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich aus dem Vermögen des TG ausscheide ¹⁾. Diese wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit wiederum ist die Grundlage für die dem TG in Konkurs und Zwangsvollstreckung zugebilligte quasi-dingliche Stellung. Es bleibt aber nachzuprüfen, ob diese Trennung von rechtlicher und wirtschaftlicher Zugehörigkeit wirklich nur auf dem Wege einer unmittelbaren Übertragung des Treuguts erreicht werden kann. Das wäre dann der Fall, wenn sie in einer Sonderform des dinglichen Übertragungsgeschäftes begründet wäre, nämlich einer das "wirtschaftliche Eigentum" ausklammernden Übertragung des "rein rechtlichen Eigentums". Eine solche Sonderform der Rechtsübertragung kennt das Sachenrecht des BGB jedoch nicht. Die Behauptung, daß das Treugut wirtschaftlich zum Vermögen des TG gehöre, findet ihre rechtliche Grundlage vielmehr nur in der obligatorischen Treuhandabrede zwischen TG und TH, die den TH zur Verwaltung des Treuguts im Interesse und für Rechnung des TG verpflichtet. Nach dem im Schuldrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit müssen nun solche Abreden nicht notwendig mit der Übertragung des betreffenden Treuguts vom TG auf den TH verbunden sein ²⁾. Von daher läßt sich

Fortsetzung von S. 38 Note 6:

... In neuerer Zeit: Staud.-Coing Einl. v. § 104 Anm. 60d, Enn-Nipperdey S. 920 Note 17 (anders noch in der 14. Aufl.), Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962, 41 (47 ff.), Assfalg "Die Behandlung von Treugut..." S. 167 ff. und NJW 1963, 1582 ff., Thomas NJW 1968, 1705 ff., Wolff (Diss.) S. 40 ff. In der Rspr.: LG Hamburg MDR 1957, 684 f.

1) RGZ 84, 214 (217)

2) Anders bei der römisch-rechtlichen fiducia, bei der das pactum ./.

also das Unmittelbarkeitsprinzip nicht begründen¹⁾.

Das Reichsgericht stützt sich in seiner grundlegenden Entscheidung weiter darauf, daß der Treuhandbegriff bei Verzicht auf das Erfordernis der unmittelbaren Übertragung des Treuguts "völlig ins Unbestimmte zerfließen" würde. Diese rechtspolitischen Erwägungen, entsprungen aus dem Bedürfnis, dem Richter bei der Entscheidung über die quasi-dingliche Schutzstellung einen festen Anhaltspunkt zu geben, könnten nur dann überzeugen, wenn die Grenzziehung auch sachlich gerechtfertigt wäre. Sachlich gerechtfertigt wäre das Unmittelbarkeitsprinzip dann, wenn ohne diese Einschränkung die Verkehrs- und Kreditsicherheit in untragbarem Maße gefährdet wäre²⁾. Ein Schutz des guten Glaubens der Vollstreckungsgläubiger läßt sich dem geltenden Recht jedoch nicht als allgemeiner Grundsatz entnehmen³⁾. Nur in diesem Bereich aber ist die quasi-dingliche Wirkung der Treuhand anerkannt. (Im rechtsgeschäftlichen Verkehr - etwa bei Verfügungen des TH über das Treugut - ist ohnehin die formelle Rechtsinhaberschaft des TH maßgeblich, ohne daß es überhaupt auf Gutgläubigkeit des Partners ankäme⁴⁾). Zudem bleibt unerfindlich, warum gerade die Tatsache, daß das Treugut unmittelbar vom TG auf den TH übertragen worden ist, in der Zwangsvollstreckung zum Schaden des Gläubigers ausschlagen sollte, und zwar auch dann, wenn er bezüglich der Treuhandschaft gutgläubig war, während in anderen Fällen den Gläubigern nicht einmal positive Kenntnis des Treuhandverhältnisses schaden soll, nur weil es an dem Erfordernis der Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung fehlt. Unmittelbare Übertragung des Treuguts ist eben nicht

Fortsetzung v. S. 39 Note 2:

... fiduciae nicht losgelöst vom Übertragungsakt (mancipatio, in iure cessio) vereinbart werden konnte (vgl. S. 14).

- 1) Kritisch zur Rechtsprechung des Reichsgerichts auch Kunisch S.20.
- 2) So insbesondere Siebert S.193 f.
- 3) Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962,49, Assfalg "Treugut" S.175
- 4) Vgl. Siebert S.157 ff., BGH-NJW 1968,1471, Palandt-Danckelmann § 137, Anm.1, a.A.: H. Schlosser NJW 1970,681(685f.).

gleichbedeutend mit Erkennbarkeit des Treuhandverhältnisses¹⁾. Der Schlußfolgerung von Siebert²⁾, daß sich das Unmittelbarkeitsprinzip letzten Endes durch das Publizitätsprinzip rechtfertige, kann nicht beigepflichtet werden. Die aus rechtspolitischen Gründen dem "echten" Treuhandverhältnis gezogene Grenze der Unmittelbarkeit der Treugutsübertragung erscheint also insoweit als willkürlich³⁾.

Siebert versucht - neben der rechtspolitischen Rechtfertigung -⁴⁾ eine rechtsdogmatische Begründung des Unmittelbarkeitsprinzips zu geben⁵⁾. Er geht zunächst davon aus, daß die quasi-dingliche Schutzwirkung im Falle der unmittelbaren Treugutsübertragung nicht etwa auf einem beim TG verbleibenden Restbestand der dinglichen Rechtsstellung, sondern allein auf Billigkeitserwägungen beruhe⁶⁾. Die unmittelbare Übertragung führt also auch nach Siebert eine~~dinglich~~ uneingeschränkte Vollrechtsinhaberschaft des TH herbei. Wird das Treugut jedoch vom TH im Wege mittelbarer Stellvertretung erworben, lehnt Siebert die Außenwirkung des Treuhandverhältnisses in Konkurs und Einzelvollstreckung mit der Begründung ab, daß nach dem Willen des Gesetzgebers beim Erwerb durch einen mittelbaren Stellvertreter nur dieser, nicht aber der ungenannte Auftraggeber, dinglich berechtigt werde⁷⁾. Sowohl bei unmittelbarer Übertragung als auch beim Ersterwerb des Treuguts durch den TH im Wege mittelbarer Stellvertretung wird also der TH alleiniger dinglich Berechtigter. Man kann daher nicht - wie Siebert es tut - im ersten Fall aus Billigkeitserwägungen dem TG die verstärkte Schutzstellung in Zwangsvollstreckung und Konkurs einräumen, im anderen Fall aber diese Schutzwirkung unter Hinweis auf die gesetzlichen Rechtsfolgen mittelbarer Stellvertretung verneinen⁸⁾. Die anerkannte Schutzwirkung

1) Reinhardt-Erlinghagen JuS 1962, 49

2) Siebert S. 195

3) So Enn.-Nipperdey S. 920 f. Note 17.

4) Siebert S. 190, 194

5) Siebert S. 193

6) Siebert S. 167 unten

7) Siebert S. 193

8) Vgl. auch Wolff (Diss.) S. 44.

zugunsten des TG entspricht der Billigkeit, weil das Treugut wirtschaftlich zu seinem Vermögen zu rechnen ist. Diese wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit wiederum beruht auf der obligatorischen Treuhandabrede zwischen TG und TH und ist daher von der Art des Treuguterwerbs durch den TH ¹⁾ unabhängig. Stützt man die quasi-dingliche Rechtsstellung auf Billigkeitserwägungen, so darf man sie demnach nicht von der Unmittelbarkeit der Treugutübertragung abhängig machen.

Das "echte" Treuhandverhältnis kann also nicht am Unmittelbarkeitsprinzip seine Grenze finden. Die Art des Treuguterwerbs - unmittelbare Übertragung, Ersterwerb durch den TH mit eigenen Mitteln oder Surrogationserwerb mit Mitteln des TG - ist nicht entscheidend. Es muß nur die obligatorische Treuhandabrede sich auf bestimmte Güter (Rechte) beziehen (Bestimmtheitsgrundsatz) ²⁾.

Will der TG sich gegen die Erfassung eines zum Treugut gehörigen Gegenstandes in der Einzelzwangsvollstreckung oder im Konkurs des TH wehren, so muß er nachweisen, daß gerade dieser bestimmte Gegenstand von der Treuhandabrede erfaßt wird.

Bestimmtheitsgrundsatz und vor allen Dingen die Beweislast des TG vermindern somit die Gefahr eines Mißbrauches des Treuhandinstituts.

Auf Grund einer durchgreifenden Kritik an dem angeblichen Erfordernis der "Unmittelbarkeit" muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß ein Treuhandverhältnis (im engeren Sinn) bei Personalgesellschaften auch dadurch begründet werden kann, daß eine Vertrauensperson im Auftrage eines Nichtgesellschafters für dessen Rechnung einer Gesellschaft beitrifft oder an deren Gründung teilnimmt.

Gesellschaftsrechtliche Besonderheiten ergeben sich in diesem Fall

1) Vgl. S. 39

2) Assfalg Treugut S.154 ff. und NJW 1963,1582(1586)

nicht. Der Wirksamkeit der Aufnahme in die Gesellschaft steht es nicht entgegen, wenn der TH den Mitgesellschaftern seine treuhänderische Bindung verschweigt ("verdeckte Treuhand"). Inwiefern Kenntnis oder Unkenntnis der Mitgesellschafter hinsichtlich des Treuhandverhältnisses auf die Rechtsbeziehungen der Beteiligten Einfluß haben, soll später untersucht werden ¹⁾.

2. Der TH ist bereits bei Begründung des Treuhandverhältnisses Gesellschafter

Die treuhänderische Inhaberschaft der Beteiligung an einer Personalgesellschaft bedingt - wie dargelegt - die Gesellschafterstellung des TH.

Es wird nun häufig den übrigen Gesellschaftern, deren Zustimmung zu einer Mitgliedschaftsübertragung erforderlich ist, widerstreben, einen Dritten, dessen Fähigkeiten und Zuverlässigkeit sie nicht kennen, in die Gesellschaft aufzunehmen. Diese Bedenken entfallen, wenn der zum TH Bestellte selbst bisher schon Mitglied der Gesellschaft war. In diesen Fällen ist die Begründung des Treuhandverhältnisses auf zweierlei Weise möglich: a) Der TG überträgt seinen "Gesellschaftsanteil" treuhänderisch auf einen Mitgesellschafter als TH (hier war also der TG bisher ebenfalls Gesellschafter) oder b) der TG, der auch bisher nicht Gesellschafter war, vereinbart mit einem Gesellschafter, daß dieser seinen Anteil nunmehr nur noch treuhänderisch für jenen innehaben soll. Eine solche Vereinbarung kann etwa dann sinnvoll sein, wenn ein Gesellschafter sein in der Gesellschaft angelegtes Vermögen kurzfristig "versilbern" will, die Übertragung der Mitgliedschaft sowie eine vorzeitige Kündigung aber nicht möglich sind.

a) Der TG ist bei Begründung des Treuhandverhältnisses ebenfalls Gesellschafter

Wenn ein Gesellschafter aus bestimmten Gründen nicht mehr Mitglied sein möchte, andererseits seine vermögensmäßige Beteiligung an der

1) Vgl. S. 52 ff.

Gesellschaft nicht verlieren will, kann er seinen "Anteil" zu Treuhandzwecken einem Mitgesellschafter "übertragen", nachdem er die Zustimmung der anderen Gesellschafter eingeholt hat.

Von einer Übertragung der Beteiligung kann hier nur mit Einschränkungen gesprochen werden. Es liegt der umgekehrte Vorgang wie bei der "Teilübertragung" der Mitgliedschaft vor ¹⁾. Bei dieser teilt sich nur die wertmäßige Vermögensbeteiligung (Kapitalanteil), während die Teilnahme an der Gesamthand als Zurechnungssubjekt des Gesellschaftsvermögens sowie die Verwaltungsrechte vervielfältigt werden. Bei der "Übertragung der Mitgliedschaft" auf einen Mitgesellschafter ergibt sich umgekehrt eine Reduzierung der Teilnehmerzahl, da der Übernehmer des Anteils bereits Mitglied der Gesellschaft ist. Eine doppelte Teilhaberschaft an der Gesamthandsgemeinschaft gibt es nicht. ²⁾

Der Erwerber kann also nicht die Gesellschafterstellung des ausscheidenden Gesellschafters erlangen, sondern lediglich dessen Kapitalanteil erhalten. Eine Vermehrung der dem Übernehmer auch bisher kraft seiner Mitgliedschaft bereits zustehenden Verwaltungsrechts ist nur insofern denkbar, als diese in ihrem Umfange von der Höhe der vermögensmäßigen Beteiligung abhängig sind. So kann die "Übertragung einer Beteiligung" an einen Mitgesellschafter dessen Stimmrecht erhöhen, falls sich dies in Abweichung von § 119 II HGB nach Kapitalanteilen bemißt ³⁾. Der sichtbare Erfolg einer solchen "Anteilsübertragung an einen Mitgesellschafter" liegt also in der Stärkung der kapitalmäßigen Beteiligung des Erwerbers in der Gesellschaft, ausgedrückt in der ziffernmäßigen Erhöhung des Kapitalanteils ⁴⁾.

1) Vgl. S. 35 f.

2) Würdinger I S. 69 f

3) Würdinger I S. 70

4) Hueck OHG S. 400

b) Der TG ist bei Begründung des Treuhandverhältnisses Nichtgesellschafter

Ist der (künftige) TH schon Gesellschafter, der (künftige) TG aber von vornherein Nichtgesellschafter, so liegt es am nächsten, das Treuhandverhältnis bezüglich der Beteiligung an der Gesellschaft durch eine bloße Abrede zwischen TG und TH - ohne gleichzeitige Mitgliedschaftsübertragung - zu begründen, nämlich durch die Vereinbarung, daß der betreffende (TH-) Gesellschafter seine Beteiligung fortan im Interesse des TG zu verwalten habe ¹⁾.

Fraglich ist, ob ein "echtes" Treuhandverhältnis (mit dinglicher Schutzwirkung zugunsten des TG in Zwangsvollstreckung und Konkurs) durch schlichte Vereinbarung begründet werden kann. Von den Anhängern des Unmittelbarkeitsprinzips wäre dies zu verneinen: Ein echtes Treuhandverhältnis könnte nach diesem Grundsatz hier nur durch eine umständliche und kostspielige Prozedur geschaffen werden, nämlich durch eine doppelte Übertragung der Mitgliedschaft, zunächst vom (künftigen) TH auf den (künftigen) TG, dann wieder zurück auf den TH, verbunden mit der Treuhandabrede. Abgesehen von den Kosten hätte diese Konstruktion den Nachteil, daß eine "verdeckte" Treuhandenschaft nicht möglich wäre. Es zeigt sich also einmal mehr, daß das Unmittelbarkeitsprinzip mit unerwünschten praktischen Folgen verbunden ist. Es hat sich jedoch gezeigt ²⁾, daß das Entstehen einer Treuhandenschaft im engeren Sinne nicht von der unmittelbaren Übertragung des Treuguts abhängig gemacht werden kann. Der bei der echten Treuhand dem TG gewährte quasi-dingliche Schutz rechtfertigt sich durch die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Treuguts zu seinem Vermögen. Diese vermögensmäßige Zuordnung wiederum beruht auf der obligatorischen Treuhandabrede und ist somit unabhängig von einem dinglichen Übertragungsakt.

1) Vgl. den Sachverhalt, welcher der in RGZ 69, 134 abgedruckten Entscheidung (für den Fall einer GmbH) zugrunde lag.

2) Siehe S. 37 ff.

Es ist also nur konsequent, die Begründung eines echten Treuhandverhältnisses auch durch schlichte Vereinbarung zwischen den Beteiligten zuzulassen, sofern nur der Bestimmtheitsgrundsatz beachtet wird ¹⁾.

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ergibt sich die Frage, ob die Treuhandvereinbarung hier ebenfalls der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf. Zunächst ist festzustellen, daß der Mitgliederbestand durch die Treuhandabrede nicht geändert wird. Der TH ist und bleibt Gesellschafter, während der TG weiterhin außerhalb des Gesellschafterverbandes bleibt und unmittelbare Rechte in der Gesellschaft nicht erlangt. ²⁾ Die rein schuldrechtliche Bindung eines Gesellschafters an einen Dritten, dessen Interesse er zu beachten hat, bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Genehmigung der Mitgesellschafter ³⁾. Es ist Sache des einzelnen Gesellschafters, ob er solche obligatorischen Bindungen auf sich nimmt und sich danach richtet. Allerdings muß er, wenn er mit Rücksicht auf seine Abmachungen gesellschaftsschädigend handelt, mit Schadenersatzklagen und gegebenenfalls Ausschluß aus der Gesellschaft rechnen ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Thomas NJW 1968, 1705 ff. Wenn Thomas allerdings von der "Übertragung des quasi-dinglichen Rechts" vom TH auf den TG spricht (S. 1709), so kann ihm darin nicht gefolgt werden. Eine "Übertragung" würde voraussetzen, daß vorher beim TH ein solches quasi-dingliches Recht bereits bestanden hat. Das ist nicht der Fall.
 - 2) Unmittelbare Rechte in der Gesellschaft könnten ihm allenfalls mit Zustimmung der Mitgesellschafter verliehen werden. Dieser Fragenkreis soll später, S. 79 ff., untersucht werden.
 - 3) Das ist für die obligatorisch wirkende Stimmrechtsbindung von der herrschenden Meinung anerkannt. Vgl. dazu Ulmer WPg 1963, 345 f. (346).
 - 4) Zu weit geht m.E. Busse BB 1961, 261 ff. (262), der einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bereits im Abschluß ./.

Auch die Rechtsprechung geht offensichtlich davon aus, daß hier die treuhänderische Bindung eines Gesellschafters der Zustimmung der Mitgesellschafter nicht bedarf, denn sie unterscheidet zwischen (den Mitgesellschaftern gegenüber) "offener" und "verdeckter" Treuhand¹⁾. Ein in diesem Sinne "verdecktes" Treuhandverhältnis wäre nicht denkbar, wenn die Treuhandabrede nur mit Einverständnis der Mitgesellschafter wirksam würde, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag spreche bereits eine generelle Zustimmung aus.

Daß im Einzelfall solche Treuhandabreden eines Gesellschafters mit einem Nichtgesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen nichtig sein können, soll nicht verkannt werden²⁾, etwa wenn sie zum Zweck der Schädigung der Gesellschaft geschlossen werden. Das wird aber selten der Fall sein, zumal der TG selbst wirtschaftlich an der Gesellschaft beteiligt ist und somit an ihrem Gedeihen interessiert ist.

Grundsätzlich ist also die Vereinbarung eines Gesellschafters mit einem Nichtgesellschafter, den Anteil künftig in dessen Interesse und für dessen Rechnung zu verwalten, ohne Rücksicht auf das Einverständnis

Fortsetzung v. S. 46 Note 4:

... eines Stimmrechtsbindungsvertrages mit einem Nichtgesellschafter sieht, sofern die Mitgesellschafter nicht zustimmen, ohne daß es seiner Meinung nach auf die konkrete Stimmabgabe im Einzelfall ankommt. Es ist nicht einzusehen, warum die Tatsache der Stimmrechtsbindung als solche bereits eine Treuwidrigkeit bedeuten soll, ist es doch durchaus denkbar, daß die Bindung (etwa eines unerfahrenen Gesellschafters an einen erfahrenen Geschäftsmann) sich nur zum Wohle der Gesellschaft auswirkt. Allerdings bestreitet auch Busse nicht die grundsätzliche Wirksamkeit solcher Verträge ohne Zustimmung der Mitgesellschafter (S. 262).

1) BGHZ 10, 49. Vgl. auch Westermann-Hdb. Rdz. I 113, (§ 8 I 1 b).

2) Vgl. für Stimmrechtsbindungsverträge Busse BB 1961, 261.

Zu dieser Frage siehe unten S. 61 ff.

der Mitgesellschafter wirksam. Verhält der TH-Gesellschafter sich in Ausführung dieser Vereinbarung seinen Mitgesellschaftern gegenüber treuwidrig, muß er allerdings mit entsprechenden Sanktionen (Schadenersatzansprüchen, Ausschluß von der Geschäftsführung, Ausschluß aus der Gesellschaft) rechnen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß (echte) Treuhandverhältnisse bei einer Personalgesellschaft begründet werden können sowohl durch unmittelbare fiduziarische Übertragung der Mitgliedschaft von einem bisherigen Gesellschafter als TG auf einen neuen Gesellschafter als TH, wie auch im Wege des Ersterwerbs der Mitgliedschaft durch den TH, sei es mit eigenen Mitteln oder solchen des TG, sowie schließlich durch eine entsprechende Vereinbarung zwischen TH und TG, wenn der TH schon von vornherein die Mitgliedschaft (=Treugut) innehatte.

III. Übertragung der Gesellschafterstellung unter einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung

Durch die zur Begründung eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses vorgenommene Vollrechtsübertragung entäußert der TG sich seiner "dinglich" geschützten Rechtsstellung. Als der fortan nur obligatorisch Berechtigte hat er eine vergleichsweise schwache rechtliche Position. Ein Mittel, um diese starke Abhängigkeit des TG von der Redlichkeit des TH zu verringern, ist die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung (§ 158 II BGB) bei der Übertragung des Treuguts vom TG auf den TH. Das hat zur Folge, daß bei Eintritt eines bestimmten Umstandes, etwa mit Beendigung des obligatorischen Treuhandvertrages, das Treugut "automatisch" vom TH auf den TG zurückfällt. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung käme bei der treuhänderischen Übertragung der Mitgliedschaft in Betracht. Hingegen wäre in den oben genannten Fällen

II 1 b) - Ersterwerb der Mitgliedschaft durch den TH im Auftrage des TG ¹⁾ - sowie II 2 b) - Vereinbarung eines Gesellschafters mit einem Dritten, den Anteil künftig in dessen Interesse zu verwalten ²⁾ - eine Sicherung des TG durch eine aufschiebend bedingte Übertragung der Beteiligung auf ihn zu erreichen (§ 158 I BGB).

Gegen eine solche Bedingung für den Bestand fiduziarischer Rechtsverhältnisse bestehen grundsätzlich keine Bedenken ³⁾.

Es bleibt jedoch zu untersuchen, ob die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft eine bedingte Übertragung verträgt ⁴⁾.

Die für den Eintritt und Austritt von Gesellschaftern bei der OHG und der KG gesetzlich vorgesehenen Eintragungspflichten (§§ 106 II Nr.1, 143 II, 161 II, 162 II, III HGB) stehen einem "automatischen" Gesellschafterwechsel freilich nicht entgegen. Denn diese Eintragungen ins Handelsregister haben eine lediglich deklaratorische Bedeutung, die Rechtsänderung tritt unabhängig von ihnen ein, möglicherweise also auch "automatisch" durch den Eintritt einer bestimmten Bedingung i.S.d. § 158 BGB.

Die Übertragung der Mitgliedschaft könnte aber aus anderen Gründen bedingungsfeindlich sein. Zu berücksichtigen sind hier vor allem die Belange der Mitgesellschafter sowie ein öffentliches Interesse an klaren rechtlichen Verhältnissen.

1. Die innergesellschaftlichen Bedenken gegen eine bedingte Übertragung

1) Siehe S. 36 ff.

2) Siehe S. 45 ff.

3) Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob als Bedingung auch die treuwidrige Verfügung des TH über das Treugut vereinbart werden kann. Das ist wegen § 137 BGB zweifelhaft. Vgl. hierzu ablehnend: Haemmerle S. 689, Friedmann S. 833, Flume S. 363. Bejahend: Siebert S. 217 ff., Staud.-Coing § 137 Anm. 3, Palandt-Heinrichs § 137 Anm. 1c, neuerdings Hans Schlosser NJW 1970, 681 ff., der sogar ohne ausdrückliche Vereinbarung eine "Rückfall-Automatik" (S. 684) bei treuwidriger Verfügung annimmt. ./.

der Mitgliedschaft beruhen auf dem Grundsatz, daß ein Gesellschafterwechsel in der Personalgesellschaft nur mit Zustimmung aller zur Zeit der Rechtsänderung beteiligten Gesellschafter möglich ist. Schwierigkeiten ergeben sich nicht, wenn der Gesellschafterbestand zur Zeit des Eintritts der Bedingung und damit des Übergangs der Gesellschaftstellung noch identisch ist mit dem zur Zeit des Abschlusses des bedingten Rechtsgeschäfts. Die Gesellschafter, die es nun ohne weiteren Aufnahmeakt mit einem neuen Mitgesellschafter zu tun haben, sind ja allesamt mit dieser gesellschaftlichen Veränderung bei der (notwendigen und grundsätzlich unwiderruflichen) Zustimmung zur bedingten Übertragung einverstanden gewesen. Es wird jedoch vorkommen, daß zwischen bedingtem Übertragungsakt und Eintritt der Bedingung Änderungen im Mitgliederbestand eintreten, nämlich dadurch, daß neue Teilhaber in die Gesellschaft aufgenommen werden. Können diese Neugesellschafter bei Eintritt der Bedingung geltend machen, daß hier ein Gesellschafterwechsel stattfinde ohne Zustimmung aller - im Augenblick der Rechtsänderung vorhandenen - Gesellschafter ¹⁾?

Wenn der Gesellschaftsvertrag die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft vorsieht, können sie das unzweifelhaft nicht. Ist indessen eine solche gesellschaftsvertragliche Klausel nicht vereinbart, so ist aber durch die Zustimmung der (früheren) Mitgesellschafter zu der konkreten bedingten Übertragung der Beteiligung der Gesellschaftsvertrag dahingehend abgeändert worden, daß nunmehr eine bestimmte Mitgliedschaft mit Eintritt eines bestimmten Umstandes "automatisch" auf einen be-

Fortsetzung von S. 49 Note 4:

4) In der Literatur (insbesondere zur Übertragung der Gesellschaftstellung auf den Todesfall) wird das meist ohne weiteres vorausgesetzt. Vgl. Staud.-Köbler § 736 Rdn.14, Soergel-Schultze v. Lasaulx § 719 Anm. 5, Siebert NJW 1955, 809 ff. (812), Bott S. 74 f. Ausführlich, aber m.E. nicht den Kern treffend Wolff (Diss.) S.21 ff.

1) Diese Problematik übersieht Wolff (Diss.) S.21 ff.

stimmten anderen Rechtsträger übergeht. Mit diesem, in dieser Weise abgeänderten Inhalt des Gesellschaftsvertrages erklären sich die zwischenzeitlich eintretenden Gesellschafter durch ihren Beitritt einverstanden. Dabei ist es unerheblich, ob die gesellschaftsvertraglichen Regelungen schriftlich getroffen waren oder nicht. Sind die Neugesellschafter im letzteren Falle auf die Möglichkeit eines künftigen "automatischen" Gesellschaftserwechsels nicht hingewiesen worden, so können ihnen Schadenersatzansprüche gegen die Mitgesellschafter sowie möglicherweise ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen. An der Tatsache, daß die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auch für sie in der Form gelten, in der sie bei ihrem Eintritt in die Gesellschaft bestehen, ändert die Unkenntnis indessen nichts.

Die Neugesellschafter können also den mit Bedingungseintritt erfolgenden Gesellschaftserwechsel (statt TH wieder TG) nicht verhindern.

Es zeigt sich demnach, daß die Zustimmungsbefähigung eines Gesellschaftserwechsels in der Personalgesellschaft einer bedingten Übertragung des Anteils nicht entgegensteht ¹⁾.

2. Das Interesse der Öffentlichkeit an einer klaren Rechtslage hat den Gesetzgeber beispielsweise bewogen, bei einer Grundstücksübertragung die Vereinbarung einer Bedingung nicht zuzulassen (§ 925 II BGB). Ein Umkehrschluß aus dem Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im Recht der Personalgesellschaften ist aber nicht zulässig, da es an einer Regelung der Mitgliedschaftsübertragung überhaupt fehlt ²⁾.

Eine untragbare Einschränkung der Rechtssicherheit und insbesondere der Belange der Gesellschaftsgläubiger wäre dann gegeben, wenn der mit einem bestimmten Umstand eintretende Gesellschaftserwechsel eine Verschlechterung der Haftungsgrundlagen mit sich bringen könnte. Das ist jedoch nicht der Fall. Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet weiter, und zwar mit einer erst vom Tage der Eintragung des Ausscheidens im

1) Die Zulässigkeit einer aufschiebend bedingten Übertragung der Mitgliedschaft in einer OHG bejaht auch der BGH in NJW 1959, 1433.

2) Vgl. hierzu die Ausführungen S. 24 ff.

Handelsregister an laufenden Verjährungsfrist von fünf Jahren (§§ 159, 161 II HGB). Dazu kommt die Haftung des (mit Bedingungseintritt) neu eintretenden Gesellschafters für die bestehenden Gesellschaftsschulden gemäß §§ 130 (161 II), 173 HGB.

Auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger und somit der Öffentlichkeit werden also durch eine bedingte Übertragung der Gesellschafterstellung nicht berührt.

Überträgt der TG seine Gesellschafterstellung auf einen TH, so kann er sich also - mit Zustimmung der Mitgesellschafter - dadurch eine gewisse Sicherheit verschaffen, daß er mit dem TH eine auflösende Bedingung, etwa das Erlöschen des obligatorischen Treuhandvertrags, für die Wirksamkeit dieser Übertragung vereinbart. Erwirbt der TH die Mitgliedschaft nicht als Rechtsnachfolger des TG, so kann der gleiche Zweck durch aufschiebend bedingte Übertragung der Gesellschafterstellung vom TH auf den TG erreicht werden.

D) Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten

I. Die Rechtsstellung des TH-Gesellschafters

Wie in der Bezeichnung "TH-Gesellschafter" bereits zum Ausdruck kommt, liegt die Besonderheit dessen Rechtsstellung darin, daß er nach zwei Seiten hin schuldrechtlichen Bindungen unterliegt: Er ist zum einen als Gesellschafter den Mitgesellschaftern als Gesamthand zu bestimmten Tätigkeiten oder Unterlassungen verpflichtet, andererseits steht er zum TG in einem Verhältnis, das ihm bestimmte Verhaltenspflichten auferlegt (Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis, §§ 662, 675 BGB, als pactum fiduciae). Diese Doppelbindung des TH-Gesellschafters kann zu Schwierigkeiten führen, wenn sich die Interessen des TG nicht mit denen der Gesellschaft decken.

Neben der Position des TH in der Gesellschaft sowie dessen Verhältnis zum TG ist seine Stellung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern von Bedeutung. Hier ist insbesondere zu fragen, ob der TH-Gesellschafter die Gläubiger

hinsichtlich der Haftung auf den "wirtschaftlichen Teilhaber", den TG, verweisen kann.

1. Rechtsstellung des TH-Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft

Ein Treuhandverhältnis im hier zugrunde gelegten Sinne kann hinsichtlich der gesamten Gesellschaftsbeteiligung nur in der Form bestehen, daß der TH für den TG Mitglied der Personengesellschaft ist ¹⁾. Es ist also davon auszugehen, daß alle mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte und Pflichten den TH als Gesellschafter treffen und nicht etwa den TG ²⁾. Der TH wird also gesamthänderischer Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens, er ist - nach Maßgabe des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages - vertretungs- und geschäftsführungsberechtigt, ihm stehen Stimmrecht, Informations- und Kontrollrechte zu. Ihn trifft die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ungeachtet seiner obligatorischen Bindung zum TG. Wenn er gegen diese Pflicht verstößt, sei es auch auf Grund einer

-
- 1) BGH-WM1962,1354, Dür.-Hach.-Flechtheim § 164 Anm.9, Hueck OHG S.25. BGHZ 44,158 scheint dagegen zunächst grundsätzlich von der Möglichkeit treuhänderischer Ausübung der gesamten Gesellschafterstellung ohne Gesellschaftereigenschaft des TH auszugehen (vgl. den Leitsatz, der die Nichtigkeit nur wegen Vorliegens besonderer Umstände ausspricht), läßt aber am Schluß der Urteilsbegründung ausdrücklich offen, ob nicht aus gesellschaftsrechtlichen Gründen Bedenken bestünden. Da wir die sog. "Ermächtigungs-Treuhand" bei unseren Untersuchungen ausklammern (vgl. S. 13 ff), ist die Zulässigkeit einer solchen Konstruktion, bei der ja der TG Rechtsinhaber und damit Gesellschafter bleiben würde, hier nicht zu erörtern. Vgl. zu dem Urteil näher S. 100 f.
- 2) Fischer RGRK-HGB § 105 Anm. 28 b. Wenn Schlegelberger-Geßler § 161 Anm.32 für den Fall der Treuhand bei einer KG meinen, im Innenverhältnis könne es so gehalten werden, "als ob die Geldgeber die Kommanditisten seien", so gehen auch sie davon aus, daß rechtlich der TH Kommanditist ist.

Anweisung des TG, macht er sich der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig.

Die Tatsache, daß ein Gesellschafter nur treuhänderisch beteiligt ist, bringt also noch keine Besonderheiten für die Stellung dieses Gesellschafters in der Gesellschaft mit sich. Das leuchtet insbesondere dann ein, wenn man die Fälle der "verdeckten Treuhand" ins Auge faßt, in denen das Treuhandverhältnis im gesellschaftlichen Bereich überhaupt nicht in Erscheinung tritt. Wie sollte diese - den Mitgesellschaftern unbekannte - Tatsache geeignet sein, auf die Position des betreffenden Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft einzuwirken? Mit Recht hat deshalb der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10. 11. 1951 - II ZR 111/50 - ¹⁾ die Ansicht vertreten, daß das Treuhandverhältnis (als solches) auf den gesellschaftlichen Bereich keine weitergehenden Einwirkungsmöglichkeiten haben könne als eine anderweitige schuldrechtliche Bindung eines Gesellschafters gegenüber einem Dritten.

a) Hiervon zu unterscheiden ist die - allerdings nur bei der "offenen Treuhand" denkbare - gesellschaftsvertragliche Anpassung der Rechtsstellung des TH innerhalb der Gesellschaft an den Treuhandzweck. Eine solche Veränderung in den Rechten und Pflichten eines Gesellschafters würde sich aber nicht unmittelbar aus seiner treuhänderischen Stellung ergeben, sondern auf einer Vereinbarung der Gesellschafter beruhen. Als Mittel zur Angleichung an die wirtschaftlichen Verhältnisse wird sie in der Regel mit der Vereinbarung eines entsprechenden Zuwachses an rechtlicher Macht des TG verbunden sein. Das führt zu der Frage, inwieweit einzelne Gesellschafterrechte auf einen Nichtgesellschafter übertragen werden können, der TG also trotz der Gesellschafterstellung des TH Inhaber einzelner mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten sein kann. Dieses Problem soll im Zusammenhang mit der Rechtsstellung des TG gegenüber der Gesellschaft erörtert werden ²⁾.

1) BGHZ 3, 354(360), ebenso BGHZ 10, 49, BGH-WM 1958, 49(50),
Fischer in der Anm. bei LM Nr. 3 zu § 163 HGB

2) Siehe unten S. 79 ff.

b) Hier bleibt noch zu fragen, ob die Tatsache, daß einer der Gesellschafter sich ohne Zustimmung der Mitgesellschafter an einen TG gebunden hat, den Mitgesellschaftern einen "wichtigen Grund" zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§§ 117, 161 II HGB) oder der Vertretungsbefugnis (§§ 127, 161 II HGB), zur sonstigen Beschränkung in seinen Mitverwaltungs- und Kontrollrechten oder gar zum Ausschluß aus der Gesellschaft (§§ 140 I, 161 II HGB), ebenfalls durch gerichtliche Entscheidung, geben kann.

Ist im Gesellschaftsvertrag hierüber keine Regelung getroffen, so kann man in aller Regel die schuldrechtliche Bindung eines Gesellschafters an einen Dritten, die nach allgemeiner Ansicht auch in verdeckter Weise zulässig ist ¹⁾, noch nicht als ausreichenden Grund für eine Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis oder einen Ausschluß aus der Gesellschaft ansehen ²⁾. Die bloße Möglichkeit, daß ein solcher Einfluß eines Dritten mißbräuchlich ausgenutzt werden kann, verletzt noch nicht die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft ³⁾. Denn auch der im Auftrage eines Dritten handelnde Gesellschafter muß im Einzelfall prüfen, ob er dessen Weisungen folgen kann, ohne seine Gesellschaftspflichten zu verletzen ⁴⁾. Die Abhängigkeit eines Gesellschafters von einem Außen-

1) Vgl. für viele: BGH-WM 1962, 1353(1354), Hueck OHG S. 25.

2) BGHZ 3, 354, 360, Wolff (Diss.) S. 18, 56. Für den Fall der Stimmrechtsbindung, die nicht ohne weiteres einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treupflicht bedeute: Hueck OHG S. 167, in Festschrift für Nipperdey S. 408 f., Schlegelb.-Geßler § 119 Anm. 1, Fischer RGRK-HGB § 119 Anm. 33, Westermann-Hdb. Rdz. I 277 (§ 24 II 4), Soergel-Schultze v. Lasaulx § 709 Anm. 39. Ebenso für die GmbH: BGHZ 48, 163 ff.

A.A.: Busse BB 1961, 262 (Wer die Entscheidung über die Stimmausübung einem Nichtgesellschafter überlasse, verstoße gegen die Treupflicht), Baumbach-Duden § 105 Anm. 1f (Der Gesellschaftsvertrag setze im Zweifel Eigeninteresse des Gesellschafters voraus).

3) Fischer GmbH-Rdsch. 1953, 65 ff. (66) zur Abstimmungsvereinbarung.

4) Hueck in Festschr. für Nipperdey S. 419. Vgl. hierzu im einzelnen unten S. 61 ff.

stehenden ändert nichts an seinen Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft. Erst wenn es auf Grund der Bindung des betreffenden Gesellschafters zu einem gesellschaftsschädigenden Verhalten kommt, liegt ein "wichtiger Grund" vor, weil den Mitgesellschaftern dann eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht zumutbar ist.

Allerdings sind Einzelfälle denkbar, in denen bereits die Begründung einer Treuhandbindung ein Verstoß gegen die Pflichten des Gesellschafters sein kann, so daß entsprechende Maßnahmen gegen ihn gerechtfertigt erscheinen.

Einige Beispiele mögen das verdeutlichen:

(1) Der Gesellschaftsvertrag sieht ausdrücklich vor, daß Stimmrechtsvereinbarungen mit Dritten und ähnliche obligatorische Bindungen an Nichtgesellschafter ausgeschlossen sind, weil etwa auf eine persönliche, unabhängige Entscheidung der Gesellschafter besonderer Wert gelegt wird ¹⁾. In diesem Fall liegt bereits im Eingehen der treuhänderischen Bindung eine vorsätzliche Verletzung des Gesellschaftsvertrags (vgl. § 133 II HGB) durch den TH-Gesellschafter. Den Mitgesellschaftern kann nicht zugemutet werden, weiterhin mit dem vom TG abhängigen TH-Gesellschafter zusammenzuarbeiten. Ist der TH-Gesellschafter nicht imstande oder gewillt, seine schuldrechtliche Bindung an den TG zu lösen, so liegt ein "wichtiger Grund" vor, ihn in seinen Rechten, insbesondere dem Stimmrecht, einzuschränken oder - je nach Schwere des Einzelfalles - seinen Ausschluß aus der Gesellschaft zu verlangen.

(2) Die Weisungsgebundenheit, insbesondere die Stimmrechtsbindung, des TH-Gesellschafters gegenüber dem TG soll gesellschaftswidrigen Interessen dienen ²⁾. Die Gefahr solcher Abmachungen ist zwar bei einer treuhänderischen Bindung vergleichsweise gering, da dem TG als wirtschaftlich Beteiligtem im allgemeinen an der Förderung der

1) Mertens JZ 1967, 462 bringt diesen Fall als Beispiel für eine nicht vollstreckbare Stimmrechtsvereinbarung.

2) Vgl. Janberg DB 1952, 96.

Gesellschaft nur gelegen sein kann. Man denke aber etwa daran, daß der TG persönlich ein Konkurrenzunternehmen betreibt und den Ruin der Gesellschaft herbeiführen möchte, um dann den Markt zu beherrschen ¹⁾. Wenn auch in solcher Treuhandvertrag als sittenwidrig und damit nichtig anzusehen ist (§ 138 I BGB), so liegt dennoch schon in dem tatsächlichen Abschluß einer solchen Vereinbarung ein so gravierender Verstoß des TH-Gesellschafters gegen die grundlegende Gesellschafterpflicht, den gemeinsamen Zweck zu fördern (§ 705 BGB), daß sein Ausschluß aus der Gesellschaft zu Recht verlangt werden kann.

(3) Der TH-Gesellschafter verpflichtet sich dem TG gegenüber ausdrücklich, dessen Anweisungen in jedem Falle zu befolgen, also auch dann, wenn er eine gesellschaftsschädigende Auswirkung erwarten muß ²⁾. Dieser Fall hat Ähnlichkeit mit dem vorgenannten, geht aber insofern nicht so weit wie jener, als die Gesellschaftsschädigung nicht Zweck der Treuhandvereinbarung ist. Auch hier kann man den Mitgesellschaftern nicht zumuten, eine solche Abrede hinzunehmen und mit entsprechenden Maßnahmen zu warten, bis der TH-Gesellschafter tatsächlich eine gesellschaftsschädigende Anweisung befolgt. Denn die ausdrückliche Verpflichtung des TH-Gesellschafters zu solchem Verhalten bedeutet bereits eine konkrete Gefahr für die Gesellschaft.

(4) Der TH-Gesellschafter bindet sich an einen TG, der aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden ist und auf diesem Wege wieder Einfluß auf die Gesellschaft nehmen will ³⁾. Der Abschluß eines solchen Treuhand-

1) Vgl. Zluhan S.269, Weipert RGRK § 140 Anm.5, beide zur Stimmrechtsbindung.

2) Vgl. Hueck in Festschr. für Nipperdey S.412.

3) Gleichzuachten ist der Fall, daß ein Gesellschafter sich von den Weisungen eines Dritten abhängig macht, dessen Aufnahme in die Gesellschaft von den Mitgesellschaftern aus persönlichen Gründen ausdrücklich abgelehnt worden ist. Vgl. RGZ 69, 134 für die GmbH mit Genehmigungsbedürftigkeit der Anteilsübertragung gem. § 15 V GmbHG.

vertrages stellt eine Umgehung des von den Gesellschaftern betriebenen und vom Gericht ausgesprochenen Ausschlusses dar. Ein Gesellschafter, der auf diese Weise gegen den erklärten Willen der übrigen Gesellschafter handelt, verhält sich in grober Weise treuwidrig und muß mit entsprechenden Sanktionen (§§ 117, 127, 140 HGB) rechnen.

(5) Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob nicht jede Treuhandbindung eines Gesellschafters dann pflichtwidrig ist, wenn es sich um eine Zweimanngesellschaft handelt und der Mitgesellschafter der Treuhandvereinbarung nicht zustimmt. - Bei Unzumutbarkeit weiterer Zusammenarbeit für den Mitgesellschafter käme hier statt des Ausschlusses des TH-Gesellschafters gemäß § 140 I HGB die Übernahme klage gemäß § 142 I HGB als äußerstes Mittel in Frage. -

Die Zweimanngesellschaft weist im Vergleich zu einer mehrgliedrigen Gesellschaft einige Besonderheiten auf. So rückt bei ihr das schuldrechtliche Element gegenüber dem gemeinschaftsrechtlichen in den Vordergrund. Das Gegenseitigkeitsverhältnis der einander versprochenen Leistungen wird bei der Begrenzung auf zwei Gesellschafter deutlicher als bei der Gesellschaft mit mehr als zwei Personen ¹⁾. Die wesentliche Besonderheit der zweigliedrigen Gesellschaft liegt in dem gesteigerten "Angewiesensein" auf den (einzigen) Partner und damit in dem in besonderem Maße erforderlichen Vertrauensverhältnis. Die außerordentlich starke Abhängigkeit vom Mitgesellschafter kommt vor allem darin zum Ausdruck, daß die Gesamtwillensbildung in der Zweimanngesellschaft immer Einstimmigkeit voraussetzt. Ein Mehrheitsbeschluß im Sinne des § 119 II HGB ist bei nur zwei Mitgliedern nicht möglich ²⁾. Die positive Willensbildung in der Gesellschaft kann also schon durch die Obstruktion eines Gesellschafters verhindert werden. Das bedeutet für den Fall einer treuhänderischen Beteiligung, daß der TG es in der

1) Würdinger S. 42, Hueck OHG S. 55, Haupt-Reinhardt S. 28

2) Diese Besonderheit hat z.B. auch Bedeutung für die actio pro socio. Vgl. hierzu Hadding S. 59.

Hand hat, über sein Weisungsrecht an den TH-Gesellschafter jeden beliebigen Gesellschafterbeschuß zu verhindern. Wer sich an einer Zweimanngesellschaft beteiligt, wird wegen der starken Abhängigkeit von der Bereitschaft des Partners zu reibungsloser Zusammenarbeit in besonderem Maße auf dessen persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten Wert legen. Das Interesse an einer höchstpersönlichen Willensbildung des als vertrauenswürdig angesehenen Partners in allen Gesellschaftsangelegenheiten ist bei der zweigliedrigen Gesellschaft in der Regel größer als bei einer Gesellschaft mit vielen Mitgliedern, die zum Teil vielleicht nur aus Gründen der Kapitalbeschaffung als Teilnehmer aufgenommen worden sind. Verstößt ein Gesellschafter gegen dieses für ihr erkennbare Interesse des Mitgesellschafters, indem er in "verdeckter Treuhand" die Beteiligung an der Zweimanngesellschaft nach Weisungen eines Außenstehenden verwaltet, so verhält er sich bereits durch die Tatsache der Bindung an den Dritten treuwidrig.

Es würde allerdings zu weit führen, bei einer zweigliedrigen Gesellschaft die Treuhandbindung eines Gesellschafters als solche schon in jedem Fall als Treuwidrigkeit der Gesellschaft gegenüber anzusehen. Auch bei der Zweimanngesellschaft kann es so sein, daß einer der Teilhaber in erster Linie Kapital einbringen soll und nicht etwa wegen unternehmerischer Fähigkeiten als Partner in Frage kam. Man denke vor allem an die Zweimann-KG. Dem Mitgesellschafter wird es dann nicht darauf ankommen, ob dieser Teilhaber (i. d. R. Kommanditist) treuhänderischen Bindungen an einen Dritten unterliegt oder nicht, solange er sich nicht im Einzelfall auf Grund der Weisungen seines Treugebers treuwidrig verhält.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß die treuhänderische Bindung eines Gesellschafters an einen Dritten bei der Zweimanngesellschaft zwar in der Regel, nicht aber in allen Fällen als solche schon einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bedeutet. Es liegt hier also ein im Vergleich zur mehrgliedrigen Gesellschaft umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis vor.

2. Rechtsstellung des TH-Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern

Da der Treuhänder einer Beteiligung nach dem zugrunde gelegten Treuhandbegriff selbst Gesellschafter sein muß, trifft ihn nach zwingenden gesetzlichen Vorschriften (§§ 128-130 HGB) die persönliche Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern; falls er Kommanditist ist, mit der Einschränkung des § 171 I HGB ¹⁾. Ein aus dem Treuhandverhältnis sich ergebender Befreiungsanspruch gegen den TG sowie eine etwa gesellschaftsvertraglich vereinbarte Freistellung von der Haftung können daran nichts ändern (§ 128 S.2 HGB). Für die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger ist es unerlässlich, daß derjenige, der als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen ist, auch tatsächlich der persönlichen Haftung nach Maßgabe der §§ 128, (161 II, 171) HGB unterliegt, unabhängig davon, ob er auch wirtschaftlich gesehen der Anteilsinhaber ist.

Folglich kann der Ansicht von W. Müller ²⁾ nicht zugestimmt werden, daß im Falle der Sicherungsübertragung eines Gesellschaftsanteils der Sicherungsnehmer "trotz an sich entgegenstehender gesetzlicher Regelung" von der Haftung auszuschließen sei. Begründet wird das damit, daß bei der Sicherungsübertragung für die Haftung die wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgebend sei. Hierbei wird jedoch übersehen, daß es sich in diesem Fall um eine gesellschaftsrechtliche Haftungsvorschrift handelt, die zwingend an die rechtliche Gesellschaftereigenschaft anknüpft. Diese zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger aufgestellte zwingende Vorschrift kann nicht unter Berufung auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise umgangen werden ³⁾.

-
- 1) Dür.-Hach.-Flechtheim § 164 Anm.9, Schlegelberger-Geßler § 105 Anm.23, § 161 Anm.32, Baumbach-Duden § 105 Anm. 1F, § 124 Anm.2E, Hueck OHG S. 418 (für den treuhänderischen Testamentsvollstrecker). A.A.: Waltraut Müller S.116 f. für den Sicherungs-TH; vgl. dazu sogleich im Text.
 - 2) Waltraut Müller S.116
 - 3) Ob der TG ein Widerspruchsrecht gem. § 771 ZPO hat, wenn Gesellschaftsgläubiger in Realisierung der Haftung des TH-Gesellschafters (§ 128 HGB) in die Beteiligung vollstrecken, soll unten S. 167 ff. untersucht werden.

Der Kreditgeber, der sich zur Sicherheit einen Gesellschaftsanteil übertragen läßt, muß die damit notwendig verbundene persönliche Haftung als Gesellschafter in Kauf nehmen. Gerade wegen dieses bedeutenden Nachteils wird der Kreditgeber oftmals weniger an der Übertragung der Mitgliedschaft interessiert sein, als an der Übertragung gewisser Einzelrechte aus der Gesellschaftsbeteiligung¹⁾. Inwieweit die treuhänderische Übertragung einzelner Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis möglich ist, wird Gegenstand späterer Erörterungen sein²⁾.

3. Rechtsstellung des TH-Gesellschafters gegenüber dem TG

Die Rechte und Pflichten des TH-Gesellschafters gegenüber dem TG ergeben sich aus dem obligatorischen Treuhandverhältnis zwischen diesen beiden Personen. Bei entgeltlicher Verwaltung durch den TH handelt es sich um ein Geschäftsbesorgungsverhältnis, § 675 BGB, sonst um ein Auftragsverhältnis, §§ 662 ff. BGB³⁾. Im Fall der Sicherungstreuhand ist die zugrunde liegende Sicherungsabrede maßgebend.

Somit kann weitgehend auf die Vorschriften des Auftragsrechts zurückgegriffen werden.

a) Der TH unterliegt hinsichtlich seiner Verwaltungstätigkeit den Weisungen des TG (arg. § 665 BGB). Er ist ihm, falls nichts Abweichendes vereinbart ist, zur Herausgabe des aus der Teilhaberschaft gezogenen Gewinnes verpflichtet (§ 667 BGB) und hat ihm Auskunft zu erteilen über den Stand der von ihm übernommenen Verwaltungstätigkeit (§ 666 BGB).

Weisungsgebundenheit und Auskunftserteilungspflicht gegenüber dem TG können aber mit den Interessen der Gesellschaft kollidieren. Der treuhänderische Gesellschafter gerät in einen Konflikt, wenn das Wohl der Gesellschaft ein Verhalten entgegen den Weisungen des TG oder eine

1) Vgl. S. 11 f. (zu Beispielsfall 6).

2) Siehe S. 110 ff.

3) Staud.-Coing Einl. vor § 104 Anm. 60e, Baumbach-Duden § 105 Anm. 1F, Bott S. 57

Geheimhaltung bestimmter Tatsachen erfordert. Denn als Gesellschafter ist er verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern (§ 705 BGB). Zudem unterliegt der TH als Gesellschafter ungeachtet seiner schuldrechtlichen Bindung an den TG der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und muß bei einem Verstoß gegen diese Pflicht mit Schadenersatzansprüchen oder gar einem Ausschluß aus der Gesellschaft rechnen.

Auf der anderen Seite weiß der TG von vornherein, daß sich aus gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen Schranken seiner Weisungs- und Auskunftsrechte ergeben werden. Daher muß man bei einem Auftragsverhältnis, dessen Gegenstand die treuhänderische Verwaltung eines Gesellschaftsanteils ist, als konkludent vereinbart ansehen, daß Anweisungen des TG, deren Befolgung durch den TH-Gesellschafter einen Verstoß gegen seine Gesellschafterpflichten bedeuten würde, für diesen nicht verbindlich sind ¹⁾. Ein ausdrücklicher Ausschluß dieser Bindungsbeschränkung bei Begründung des Treuhandverhältnisses würde gegen die guten Sitten verstoßen und gemäß § 138 I BGB nichtig sein ²⁾. Spätere Weisungen, die dieser Bindungsbeschränkung zuwiderlaufen, wären als *venire contra factum proprium* des TG unbeachtlich. Wer einen Auftrag zur Verwaltung eines Gesellschaftsanteils erteilt, beauftragt seinen Vertrauensmann damit gleichzeitig, die aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Pflichten zu erfüllen. Spätere Weisungen, die auf eine Verletzung der gesellschaftlichen Pflichten durch den Beauftragten hinausliefen, widersprächen also der eigenen früheren Auftragserteilung des TG. Kommt somit der TH gesellschaftswidrigen Anweisungen des TG nicht nach, so stellt das keine Verletzung des obligatorischen Treuhandverhältnisses dar, folglich kann der TH auch deswegen keinerlei Schadenersatzansprüchen oder einer fristlosen Kündigung durch den TG ausgesetzt

1) Wolff (Diss.) S. 59 begründet die Unbeachtlichkeit gesellschaftswidriger Anweisungen schlechthin aus ihrer Sittenwidrigkeit.

Bott S. 57 f. spricht von einer Begrenzung der TG-Rechte durch die gesellschafterliche Treupflicht des TH.

2) Vgl. Staud.-Kößler § 709 Anm. 28, Hueck in Nipp-Festschr. S. 411.

sein ¹⁾.

Nur eine solche Lösung des Interessenkonflikts wird allen Beteiligten gerecht. Auch der TG ist nicht unbillig benachteiligt. Wäre er, der nur wirtschaftlich Beteiligte, auch rechtlich Inhaber des Anteils, so müßte er - wie jeder andere Gesellschafter - im gesellschaftlichen Bereich den Gesellschafterpflichten nachkommen. Daher ist es nur recht und billig, seine Einflußmöglichkeit in gleicher Weise zu begrenzen, wenn er einen Mittelsmann vorschiebt.

Der TH-Gesellschafter muß im Einzelfall entscheiden, ob er eine Weisung des TG befolgen kann, ohne sich gesellschaftswidrig zu verhalten ²⁾.

Diese Entscheidung kann ihm als Gesellschafter nicht von dem gesellschaftsfremden TG abgenommen werden, ist er doch als Träger der Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis für jede Gesellschaftsschädigung selbst verantwortlich. Gehen die Ansichten des TG und des TH-Gesellschafters darüber auseinander, ob der TH-Gesellschafter eine bestimmte Weisung zu befolgen hat oder nicht, so bleibt für den TG die Möglichkeit, eine Leistungsklage zu erheben. Das Gericht hat dann unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht des TH-Gesellschafters zu untersuchen, ob die Weisung des TG für den TH-Gesellschafter im konkreten Falle verbindlich ist. Soweit es sich bei den umstrittenen Anordnungen des TG um Stimmweisungen handelt, erheben sich allerdings Zweifel an der gerichtlichen Durchsetzbarkeit. Die Frage, ob bei Nichteinhaltung einer Stimmrechtsbindung der Berechtigte gegenüber dem gebundenen Gesellschafter durch Erstreiten eines entsprechenden Titels Erfüllungszwang ausüben kann, ist umstritten. In der für die Kapitalgesellschaft ³⁾ entwickelten Recht-

1) Vgl. Hueck in Festschr. für Nipperdey S. 409, 411 zum Fall Stimmrechtsvereinbarung; Fischer GmbH-Rdsch. 1953, 65 ff. (67) für Stimmbindungsverträge bei Kapitalgesellschaften.

2) Hueck in Nipp-Festschr. S. 409

3) Die Grundsätze zur Kapitalgesellschaft können auf die Personalgesellschaft übertragen werden. So Westermann/Hdb. Rdz. I 277 (§ 24 II 4 a. E.).

sprechung des Reichsgerichts wurde der unmittelbare Zwang zur Stimmausübung in bestimmtem Sinne durch Verurteilung und Zwangsvollstreckung als unzulässig angesehen ¹⁾. Man vertrat den Standpunkt, daß nicht durch äußeren Zwang in die Willensbildung der Gesellschaft eingegriffen werden dürfe ²⁾. Auf die Entschließungsfreiheit des Gesellschafters in der Gesellschaft müsse besonderer Wert gelegt werden ³⁾. Außerdem verbiete sich eine Verurteilung zu einer bestimmten Stimmabgabe schon deshalb, weil die Gesellschafter nach der durch Urteil und Zwangsvollstreckung erzwungenen Abstimmung ja ohne weiteres einen gegenteiligen Beschluß fassen und damit die Urteilswirkungen nachträglich wieder beseitigen könnten ⁴⁾. Der aus der Abstimmungsvereinbarung Berechtigte könne also nur auf Schadenersatz in Geld klagen oder - bei entsprechender Vereinbarung - auf Zahlung einer Vertragsstrafe ⁵⁾.

Dieser Auffassung des Reichsgerichts sind ein Großteil des Schrifttums ⁶⁾ sowie der BGH ⁷⁾ mit Recht entgegengetreten.

Von der gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines schuldrechtlichen Anspruchs muß grundsätzlich ausgegangen werden. Daß Stimmrechtsvereinbarungen wirksame schuldrechtliche Verpflichtungen begründen, wird auch vom Reichsgericht anerkannt. Es ist inkonsequent, einerseits die Bindung eines Gesellschafters an Stimmweisungen eines Dritten zuzulassen, andererseits aber deren prozessuale Durch-

1) RGZ 112, 273 (279 f.), 119, 386 (388), 133, 90 (95), 160, 257 ff., 165, 68 (78), RG-JW 1927, 2992. Dagegen hat das RG in RGZ 88, 319 ff. die Verurteilung der zwei einzigen Gesellschafter zur Herbeiführung eines Gesellschaftsbeschlusses bestätigt.

2) RGZ 112, 279, ähnlich RGZ 160, 262. Zustimmend: Brodmann JW 1929, 615 (616), Janberg DB 1952, 96 f.

3) RG-JW 1927, 2993

4) RGZ 112, 279

5) So das RG in ständiger Rechtsprechung. Zustimmend: Brodmann JW 1929, 615 f., Janberg DB 1952, 96 f., Hachenburg-Schmidt § 47 Anm. 29 (anders noch in der 5. Aufl.), Lehmann-Dietz S. 249.

6) Zluhan S. 293 ff., Isay LZ 1928, Sp. 1295 ff., Fischer GmbH-Rdsch. 1953, 65 ff. (68 ff.), E. Peters AcP 156, 311 ff., Soergel-Schultze v. Lasaulx § 709, Anm. 38 ./. .

setzung als unzulässige Einflußnahme auf die Entschließungsfreiheit des Gesellschafters abzulehnen ¹⁾. Dem Berechtigten liegt an der Einhaltung des Vertrages, nicht an Schadenersatzansprüchen ²⁾, die Verweigerung einer Erfüllungsklage wäre als Rechtsschutzlücke zu werten ³⁾. Ebenso wie der Abschluß einer Stimmvereinbarung - von Ausnahmen wie Knebelungsverträgen u. ä. abgesehen - keine sittenwidrige Beschneidung der Entscheidungsfreiheit des betreffenden Gesellschafters bedeutet, sondern umgekehrt Ausfluß eben dieser Freiheit ist ⁴⁾, können auch die Verurteilung zur Einhaltung einer solchen Vereinbarung sowie die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil nicht als unzulässiger Eingriff in die Entschließungsfreiheit des gebundenen Gesellschafters angesehen werden. Außerdem läßt selbst das Reichsgericht - wenn auch nur mittelbaren - Erfüllungszwang zu, nämlich durch die drohende Verurteilung zum Schadenersatz oder zur Zahlung einer Vertragsstrafe ⁵⁾. Dieser mittelbare Zwang kann dem unmittelbaren in seiner Auswirkung auf den verpflichteten Gesellschafter insbesondere bei hoher Konventionalstrafe gleichkommen. Auch das weitere Argument des Reichsgerichts, daß kein äußerer Zwang auf die Willensbildung eines Gesellschaftsorgans (= der Gesellschafterversammlung) ausgeübt werden dürfe, geht fehl. Das auf Erfüllung einer Abstimmungsvereinbarung gerichtete Urteil und dessen Vollstreckung richten sich nicht gegen die Gesellschaft oder ein Gesellschaftsorgan, sondern

Fortsetzung von S. 64 Note 7;

...

7) BGHZ 48, 163 ff. (169 ff.). Zustimmung findet dieses Urteil in den Anm. von Barz GmbH-Rdsch. 1968, 100, Mertens JR 1967, 462 f. u. Peters JZ 1968, 27 f.

...

1) Vgl. Fischer GmbH-Rdsch. 1953, 68: "Die Begründung des RG zieht in Wahrheit die Wirksamkeit der Abstimmungsvereinbarung überhaupt in Zweifel.

2) Soergel-Schultze v. Lasaulx § 709 Anm. 38

3) Peters JZ 1968, 27

4) Zur Entscheidungsfreiheit gehört auch die Freiheit, sich schuldrechtlich zu binden.

5) Isay LZ 1928, Sp. 1298, Wegener GmbH-Rdsch. 1951, 190, Fischer GmbH-Rdsch. 1953, 68.

nur gegen den vertragsbrüchigen Gesellschafter ¹⁾. Die vor Gericht erstrittene Stimmabgabe dieses Gesellschafters in bestimmtem Sinne ist kein Eingriff staatlicher Macht in die Willensbildung der Gesellschaft ²⁾, sondern lediglich eine Konsequenz aus der in Ausübung seiner Entscheidungsfreiheit wirksam eingegangenen Stimmbindung des verpflichteten Gesellschafters ³⁾.

Schließlich kann eine Verurteilung zur Erfüllung der versprochenen Leistung nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß der verurteilte Gesellschafter im Zusammenwirken mit den anderen Gesellschaftern die Wirkung der Urteilsvollstreckung ohnehin durch anschließenden gegensätzlichen Beschluß nachträglich wieder beseitigen könne ⁴⁾. Die Möglichkeit der Rückgängigmachung eines Vollstreckungsergebnisses dadurch, daß der Schuldner später erneut seiner Verpflichtung zuwiderhandelt, ist häufig gegeben ⁵⁾ und darf nicht dazu führen, in diesen Fällen die gerichtliche Durchsetzbarkeit überhaupt abzulehnen ⁶⁾. Außerdem kann man nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß sich ein Verurteilter dem Urteil nicht fügt.

-
- 1) Das verkennt Brodmann JW 1929, 616, wenn er davon spricht, daß die Befürworter eines Erfüllungszwanges zugleich einer Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft das Wort redeten.
 - 2) So aber Brodmann JW 1929, 616, Janberg DB 1952, 96 f.
 - 3) Vgl. auch Mertens JR 1967, 462: "Die Gesellschaft hat keinen Anspruch darauf, daß ihre Mitglieder als solche eine Art Reservat für existenzielles Verhalten eingeräumt erhalten und in ihren sozialrechtlichen Entscheidungen von Bindungen an Dritte freigestellt werden".
 - 4) E. Peters JZ 1968, 27 f.
 - 5) Isay LZ 1928, Sp.1299 bringt folgendes Beispiel:
"Angenommen, ein Wegerecht sei vereinbart und der Verpflichtete bringe dem entgegen eine Schranke an: Sollte wirklich die Klage auf Erfüllung mit der Begründung abgewiesen werden können, daß, nachdem die Schranke beseitigt sei, der Verpflichtete ein neues Hindernis anbringen könne, zu dessen Beseitigung eine neue Klage nötig wäre?"
 - 6) Isay LZ 1928, Sp.1298 f., BGHZ 48, 171 und in der Anm. zu diesem Urteil E. Peters JZ 1968, 28 (Anderenfalls würde "die Rechtsordnung vor dem böswilligen Beklagten kapitulieren".)

Mit der herrschenden Meinung ist davon auszugehen, daß die Stimmabgabe eine Willenserklärung ist ¹⁾. Die Vollstreckung des Urteils auf bindungsgemäße Abstimmung richtet sich also nach § 894 ZPO ²⁾. Das rechtskräftige Urteil ersetzt gemäß § 894 ZPO die Abstimmungserklärung; um seine Wirkung entfalten zu können, muß es - ebenso wie eine Abstimmungserklärung - der Gesellschafterversammlung gegenüber zur Kenntnis gebracht werden ³⁾.

Nun ist allerdings einzuräumen, daß in vielen Fällen die Erzwingung einer bestimmten Stimmabgabe nicht mehr möglich sein wird ⁴⁾. Der Berechtigte wird meistens erst durch die erfolgte Beschlußfassung Kenntnis vom vertragswidrigen Verhalten des aus der Stimmvereinbarung Verpflichteten erlangen. Da die bindungswidrige Stimmabgabe eines Gesellschafters den Beschluß nicht unwirksam macht ⁵⁾ und der Berechtigte auch keinerlei Anspruch gegen die Gesellschaft auf Aufhebung eines solchen Beschlusses hat, bleibt er in solchen Fällen auf Einklagung eines Schadenersatzes ⁶⁾ oder gegebenenfalls einer Vertragsstrafe ange-

1) RGZ 118, 67(69), BGHZ 14, 264(267), 48, 173, BGH-NJW 1952, 98(99), Staud.-Keßler § 709 Anm.18, Soergel-Schultze v.Lasaulx § 709 Anm.32, Hueck OHG S. 179, Dür.-Hach.-Flechtheim § 119 Anm.5, Weipert § 119 Anm.18, Bartholomeyczik AcP 144, 287 ff., a.A.: J.v. Gierke S. 199, Brodmann JW 1929, 615.

2) BGHZ 48, 173, Soergel-Schultze v.Lasaulx § 709 Anm.38, a.A.: Peters JZ 1968, 27 f. (nach § 887 ZPO), Mertens JR 1967, S. 462 f. (nach § 887 ZPO).

3) BGHZ 48, 174

4) Brodmann JW 1929, 615, Hueck in Festschr. für Nipperdey S.407, Barz GmbH-Rdsch.1968, 101.

5) Das folgt aus der nur schuldrechtlichen Wirkung der Stimmrechtsbindung zwischen verpflichtetem Gesellschafter und Berechtigtem. Allgemeine Ansicht, für viele: E.Peters AcP 156, 313 (mit weiteren Nachweisen in den Noten 6 und 7).

6) Die Möglichkeit einer Schadenersatzklage wird allerdings sehr entwertet durch die Schwierigkeit, überhaupt einen konkreten Schaden ./. .

wiesen. Es sind aber auch Fälle möglich, in denen der Verpflichtete bereits vor der Abstimmung erklärt oder durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er entgegen der Weisung abstimmen werde. In diesen Fällen kann der Berechtigte gemäß § 259 ZPO klagen ¹⁾.

b)
Der TH hat - falls es sich um eine (entgeltliche) Geschäftsbesorgung handelt - einen Vergütungsanspruch gegenüber seinem Auftraggeber (§§ 675, 611 BGB).

Die Vergütung kann in festen Bezügen bestehen, die in regelmäßigen Abständen fällig werden. Es kann aber auch vereinbart werden, daß sich das Entgelt des TH-Gesellschafters ausschließlich nach dem auf die treuhänderische Beteiligung entfallenden Gewinn richtet. Letztere Regelung hat den Vorzug, daß sie das Eigeninteresse des TH-Gesellschafters an der gewissenhaften und einsatzfreudigen Durchführung des Auftrags steigert ²⁾. Eine solche Vereinbarung wird man zweckmäßig so ausführen, daß der TH-Gesellschafter von dem rechtlich ohnehin zu nächst ihm zukommenden Gewinn den auch wirtschaftlich nach der Treu-

Fortsetzung von S. 67 Note 6:

... sowie die Kausalität zwischen bindungswidriger Abstimmung und eingetretenem Schaden nachzuweisen. Vgl. hierzu Zluhan AcP 128, 299, E. Peters AcP 156, 319 f. und JZ 1968, 27 Mertens JR 1967, 462, Barz GmbH-Rdsch. 1968, 101.

- 1) Soergel-Schultze v. Lasaulx § 709 Anm. 38, E. Peters JZ 1968, 27
- 2) Weder der Treuhandbegriff noch der Begriff der Geschäftsbesorgung erfordern Tätigkeit im ausschließlich eigenen Interesse. Für die Geschäftsbesorgung: RG-Warn.Rspr. 35, Nr. 129, BGHZ 16, S. 265(266), 19, 282(292), Staud.-Nipperdey § 6t2 Anm. 9, Soergel-Schultze v. Lasaulx § 662 Anm. 2 u. 10.

Für die Treuhand: BGH-WM 1965, 173, Staud.-Coing Einl. 60 vor § 164, Soergel-Schultze v. Lasaulx Anm. 67 vor § 164, Siebert S. 1, 11. Vgl. vor allem auch RGZ 153, 350(353): Die Tatsache, daß der TH den auf den treuhänderischen Anteil entfallenden Gewinn für sich verwenden soll, steht der Annahme eines Treuhandverhältnisses nicht entgegen.

handvereinbarung auf ihn entfallenden Anteil einbehält und nur die darüber hinausgehende Summe gemäß §§ 675, 667 BGB an den TG auskehrt ¹⁾.

Auf diese Weise ist der TH-Gesellschafter vor einer etwaigen Zahlungsunwilligkeit des TG gesichert.

Ist aber eine solche Einbehaltung von Gewinnanteilen durch den TH-Gesellschafter mit dem TG nicht vereinbart, sondern soll eine feste Vergütung durch regelmäßige Zahlungen des TG an den TH-Gesellschafter geleistet werden, so fragt es sich, auf welche Weise der TH-Gesellschafter einer Zahlungsverzögerung durch den TG begegnen kann.

Da es sich beim entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverhältnis zwischen TG und TH-Gesellschafter um einen gegenseitigen Vertrag handelt ²⁾, könnte man an ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 I BGB denken. Beim Geschäftsbesorgungsvertrag stehen die Dienstleistungspflicht des Dienstverpflichteten und die Vergütungspflicht des Dienstherrn im Gegenseitigkeitsverhältnis. Die dem TH-Gesellschafter obliegende Dienstleistung besteht im vorliegenden Zusammenhang in der Beteiligung

1) Das ist natürlich nur durchführbar, wenn nicht die Gewinnansprüche des TH-Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis von vornherein nach §§ 717 S.2 BGB (105 II, 161 II HGB) auf den TG übertragen worden sind. Vgl. hierzu unten S. 79 f.

2) A.A. für die entgeltliche treuhänderische Geschäftsbesorgung Esser in der 2. Aufl. 1960, § 21,2 (S. 67) und § 139,3 u. 5 (S. 617 f.), der das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Treuhandtätigkeit und Vergütung m.E. zu Unrecht verneint, nämlich vor allem mit der Begründung (§ 21,2), daß die Vergütung für den TH "nicht Gegenleistung für eine sachlich festgelegte Arbeitsleistung, sondern Honorar für fremdnützige Bemühungen" sei. Bei diesen Ausführungen verkennt Esser jedoch, daß der TH seine Tätigkeit ausübt, weil und damit er dafür eine Vergütung (oder "Honorar") erhält, der TG andererseits nur deshalb das "Honorar" bezahlt, weil er dafür die Dienste des TH in Anspruch nehmen kann.

Wie im Text auch Liebich S.148.

an der Personalhandelsgesellschaft und der damit verbundenen Tätigkeit. Diese Leistung kann der TH-Gesellschafter aber schon deshalb nicht unter Berufung auf die Nichtzahlung fälliger Vergütung durch den TG gemäß § 320 I BGB verweigern, weil er nicht nur gegenüber dem TG aus dem Treuhandvertrag, sondern vor allem gegenüber den Mitgesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrag zur Mitarbeit in der Gesellschaft verpflichtet ist. Leistungsstörungen im Verhältnis TG - TH-Gesellschafter sind ohne Einfluß auf die gesellschaftlicherlichen Pflichten des TH-Gesellschafters.

Auch die Auskehrung der aus der treuhänderischen Beteiligung sich ergebenden Gewinne an den TG kann der TH-Gesellschafter bei verzögerter Vergütungszahlung durch den TG nicht gemäß § 320 I BGB verweigern. Die Herausgabepflicht des (entgeltlich) Beauftragten nach §§ 675, 667 BGB steht nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Vergütungspflicht¹⁾. Deshalb ist § 320 I BGB in diesem Zusammenhang nicht anwendbar²⁾.

Dagegen kommt die Einbehaltung des aus der treuhänderischen Beteiligung gezogenen Gewinnes auf Grund des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts des § 273 I BGB in Frage. Der Vergütungsanspruch des TH-Gesellschafters entstammt demselben rechtlichen Verhältnis wie der Herausgabeanspruch des TG gemäß §§ 675, 667 BGB, nämlich dem treuhänderischen Geschäftsbesorgungsverhältnis. Es wird allerdings die Meinung vertreten, aus dem Schuldverhältnis zwischen TG und TH ergebe sich "ein anderes" im Sinne des § 273 I BGB, nämlich ein Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts bezüglich der Herausgabeverpflichtung nach §§ 675, 667 BGB³⁾.

- 1) Vgl. zur Gegenseitigkeit: Palandt-Heinrichs § 320 Anm.2b, Palandt-Putzo § 611 Anm.1 d: Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen Dienstleistung einerseits, Vergütung andererseits. Vgl. auch S. 69.
- 2) Das verkennt Liebich S.148, der die Verweigerung der Treugutherausgabe bei noch nicht erfüllten Honoraransprüchen des TH auf § 320 I BGB stützt.
- 3) Liebich S.149, einschränkend: Staud.-Nipperdey § 667 Anm.21.

Diese Ansicht stützt sich auf eine Reichsgerichtsentscheidung ¹⁾, wobei jedoch übersehen wird, daß dieses Urteil das Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich nur wegen solcher Gegenansprüche des TH-Gesellschafters als nach Treu und Glauben ausgeschlossen ansieht, "die mit der (treuhänderischen) Geschäftsbesorgung außer Zusammenhang stehen" ²⁾, mag auch das - weit auszulegende - ³⁾ einheitliche rechtliche Verhältnis im Sinne des § 273 I BGB vorliegen. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die für den Einzelfall getroffene Entscheidung des Reichsgerichts überhaupt für treuhänderische Geschäftsbesorgungsverhältnisse allgemein herangezogen werden kann oder ob nicht gerade die Begründung aus dem nach Treu und Glauben zu bestimmenden Inhalt des Rechtsverhältnisses ⁴⁾ eine differenzierende Behandlung in jedem konkreten Fall erfordert ⁵⁾. Jedenfalls sprechen die Ausführungen des Reichsgerichts eher für als gegen ein Zurückbehaltungsrecht des TH, soweit es sich um Gegenansprüche handelt, die - wie in unserem Falle - aus dem gleichen treuhänderischen Geschäftsbesorgungsverhältnis stammen ⁶⁾. Es wäre auch unbillig, wenn der entgeltlich tätige TH einen zahlungsunwilligen TG nicht dadurch zur Entgeltzahlung sollte veranlassen können, daß er die Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten (hier: der Gewinne aus der treuhänderischen Beteiligung) bis zur Zahlung der Vergütung für

1) RG-Urteil vom 27. 3. 1939 - IV 275/38 - RGZ 60, 52(59).

2) RGZ 60, 59, BGHZ 14, 342(346), 16, 124(137). (Die beiden letzten Urteile zum Ausschluß der Aufrechnung). Die in der Rechtsprechung getroffene Einschränkung haben richtig erkannt: Nastelski RGRK-BGB § 273 Anm. 46 (zum Zurückbehaltungsrecht) und Löscher RGRK-BGB § 387 Anm. 19 (zur Aufrechnung).

3) Ständ. Rspr., z.B. RGZ 78, 336, 83, 268, 158, 15. In der Lit.: Staud. - Werner § 273 Anm. 6, Soergel-Schmidt § 273 Anm. 8, Nastelski RGRK-BGB § 273 Anm. 27, Erman-Sirp § 273, Rdn. 11ff.

4) RGZ 160, 59. Zustimmend: Staud. - Nipperdey § 667 Anm. 21, Erman-Hauß § 667 Rdn. 5.

5) Letzterer Ansicht ist offenbar auch der BGH in BGHZ 16, 137, wo dem Berufungsgericht aufgegeben wird, zur Entscheidung über die ./.

eben diese Geschäftsbesorgung verweigert.

Zur Durchsetzung seiner fälligen Vergütungsansprüche kommt für den TH-Gesellschafter, falls er den Gewinn in Geld aus dem Gesellschaftsvermögen entnommen hat, weiter eine Aufrechnung gegen die Forderung des TG auf Herausgabe des Gewinnes (§§ 667, 675 BGB) in Betracht. Die Aufrechnung einer Geldforderung gegen einen Anspruch auf Herausgabe des durch Geschäftsführung erlangten Geldes wird zum Teil zwar als unzulässig angesehen, weil es an der gemäß § 387 BGB erforderlichen Gleichartigkeit der Forderungen fehle¹⁾. Dem wird man mit Soergel-Schmidt²⁾ nur für den Ausnahmefall zustimmen können, daß das an den Geschäftsherren herauszugebende Geld bereits in dessen Eigentum übergegangen ist, etwa im Wege des antizipierten Besitzkonstituts. Dann ist der Anspruch aus § 667 BGB kein dem Vergütungsanspruch vergleichbarer Geldanspruch, sondern ein Anspruch auf Herausgabe von Eigentum an den Eigentümer³⁾. Dagegen ist hier - wie im Regelfall - der beauftragte TH Eigentümer der Gewinnsumme geworden. Der Anspruch des TG auf Auskehrung des Gewinnes ist ebenso wie die Vergütungsforderung des TH ein reiner Geldanspruch. Es fehlt also nicht an der Gleichartigkeit des Leistungsgegenstandes.

Fortsetzung von S. 71 Note 5:

... Aufrechenbarkeit den Inhalt des konkreten Vertragsverhältnisses durch Auslegung zu ermitteln.

- 6) Das wird auch vom BGH erkennbar vorausgesetzt, der in seiner Entscheidung vom 22. 1. 1958 - V ZR 52/56 - LM Nr.15 zu § 313 BGB das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch aus § 667 BGB dann zuläßt, wenn der Gegenanspruch einem einheitlichen Gesamtvertrag entspringt, der den Geschäftsbesorgungsauftrag umfaßt. Zustimmend: Soergel-Schmidt § 273 Anm.20, Palandt-Thomas § 667 Anm.3a.

- 1) Oegg-RGRK-BGB, 10. Aufl., § 387 Anm.3 (Anders: Löscher in der 11. Aufl. Anm.19), Enn.-Lehmann § 70 IV, S. 284 (Beide unter unzutreffender Bezugnahme auf RGZ 160, 60, wo diese Frage ausdrücklich dahingestellt blieb), Palandt-Heinrichs § 387 Anm.5. A.A.: Löscher RGRG-BGB 11. Aufl. § 387 Anm.19, grds. auch Staud. - ./.

Dagegen kann sich aus dem Inhalt des Geschäftsbesorgungsverhältnisses im Einzelfall ein Ausschluß der Aufrechenbarkeit des Herausgabeanspruchs ergeben ¹⁾. Obwohl es bei der Aufrechnung auf eine Konnexität der sich gegenüberstehenden Forderungen grundsätzlich nicht ankommt, wird man mit dem Reichsgericht ²⁾ und dem BGH ³⁾ zunächst darauf abstellen können, ob mit einer Forderung aufgerechnet wird, die in dem Geschäftsbesorgungsverhältnis begründet worden ist oder nicht. Nur für den letzteren Fall hat die Rechtsprechung aus dem besonderen Inhalt des treuhänderischen Geschäftsbesorgungsverhältnisses die Aufrechnung gegen die TG-Forderung gemäß § 667 BGB als ausgeschlossen angesehen ⁴⁾. Da sich in unserem Fall die Gegenforderung des TH, nämlich der Vergütungsanspruch gemäß §§ 611 I, 675 BGB, ebenfalls aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag ergibt, könnte diese Aufrechnung nur auf Grund besonderer vertraglicher Vereinbarung als unzulässig angesehen werden.

Als Ergebnis ist folgendes festzuhalten:

Der TH-Gesellschafter kann, falls dies nicht vertraglich ausgeschlossen ist,

Fortsetzung von S. 72 Note 1:

... Nipperdey § 667 Anm. 21, Soergel-Schmidt § 387 Anm. 6.

Dahingestellt in RGZ 160, 60 und BGHZ 14, 346.

2) Soergel-Schmidt § 387 Anm. 6

3) Staud.-Nipperdey § 667 Anm. 21, Soergel-Schmidt § 387 Anm. 6.

Vgl. auch RG-DJZ 1907, 540, wo eine Aufrechnung gegenüber § 667 BGB nur deswegen abgelehnt wurde, weil der Geschäftsherr Eigentum an dem herauszugebenden Geld hatte. (In BGHZ 14, S. 346 bleibt die Richtigkeit dieser Entscheidung dahingestellt.)

1) RGZ 160, 60, BGHZ 14, 346, Staud.-Nipperdey § 667 Anm. 21,

Löscher RGRK-BGB § 387 Anm. 38, Soergel-Schmidt § 387 Anm. 6.

2) RGZ 160, 59 f.

3) BGHZ 14, 346 f., siehe auch BGHZ 16, 137.

4) RGZ 160, 59 f., BGHZ 14, 346, zustimmend: BGHZ 16, 137, Liebich S. 150, Erman-Westermann § 387 Rdn. 12, Löscher RGRK-BGB § 387 Anm. 38.

die Auskehrung des auf die treuhänderische Beteiligung entfallenden Gewinns an den TG gemäß § 273 I BGB (nicht gemäß § 320 BGB) so lange verweigern, als der TG mit fälligen Vergütungszahlungen im Rückstand ist. Der TG hat hierbei allerdings die Möglichkeit, gemäß § 273 III S. 1 BGB Sicherheit zu leisten. Der TH-Gesellschafter kann auch mit seinem fälligen Vergütungsanspruch (in Geld) gegenüber dem Anspruch des TG gemäß §§ 667, 675 BGB auf Auszahlung des Gewinnanteils (in Geld) aufrechnen.

c) Unabhängig von der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Verwaltungstätigkeit ist der Anspruch des TH gegen seinen TG auf Ersatz von Aufwendungen (§§ 670, 675 BGB), die mit der Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung verbunden sind. Unter "Aufwendungen" sind grundsätzlich nur freiwillige Vermögensopfer zu verstehen. Es hat sich aber die Ansicht durchgesetzt, daß auch bestimmte unfreiwillige Einbußen darunterfallen, wenn ihr Eintreten vom Geschäftsherren von vornherein bewußt (und freiwillig) in Kauf genommen wurde ¹⁾. Also hat der TH-Gesellschafter das Recht, vom TG Ausgleich für alle aus der Gesellschaftsbeteiligung entstehenden Verluste zu verlangen, die ihn in seinem Eigenvermögen treffen. Denn diese Verluste haben die Partner bei der auftragsgemäßen Übernahme des Geschäftsanteils bewußt in Rechnung gestellt. Das gilt auch für die persönliche Inanspruchnahme des TH-Gesellschafters von seiten der Gesellschaftsgläubiger. Hier muß man in Auslegung der Treuhandabrede jedoch verlangen, daß der TH-Gesellschafter zunächst gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern Ausgleich sucht, d. h. primär aus dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 110 (161 II) HGB, subsidiär pro rata von den Mitgesellschaftern gemäß § 426 BGB ²⁾. Erst dann kann er ein allenfalls noch verbleibendes Minus in seinem eigenen Vermögen vom TG ersetzt verlangen.

1) RGZ 75, 212, 95, 53, Palandt-Heinrichs § 256 Anm. 1, Fikentscher § 81 II 4, S. 490.

2) Gegen die Subsidiarität der Mitgesellschafterhaftung: Prediger BB 1971, 245 ff, 248 f.

II. Die Rechtsstellung des TG

1. Rechtsstellung des TG gegenüber dem TH-Gesellschafter

In bezug auf das Verhältnis TG - TH-Gesellschafter kann auf die soeben getroffenen Feststellungen über die Rechtsstellung des TH-Gesellschafters gegenüber dem TG verwiesen werden.

2. Rechtsstellung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern

Der TG, der einen wirtschaftlich zu seinem Vermögen gehörenden Gesellschaftsanteil durch einen Vertrauensmann als Gesellschafter verwalten läßt, tritt selbst nach außen nicht als Mitträger des Unternehmens auf. Wer weder als Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen ist noch sonst nach außen als solcher in Erscheinung tritt, kann nicht Mitglied einer Außengesellschaft sein oder als solches gelten¹⁾. Der TG, dessen Hauptinteresse in vielen Fällen gerade in der Verbergung seiner wirtschaftlichen Beteiligung an der Gesellschaft liegt, ist also auch dann rechtlich nicht Mitglied der OHG oder KG, wenn die Beteiligten von der vermeintlichen Gesellschaftereigenschaft des TG ausgehen.

a) Für die gesellschaftsrechtliche Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist allein die rechtliche Mitgliedschaft in der Gesellschaft maßgeblich. Der TG haftet somit nicht unmittelbar den Gläubigern der Gesellschaft²⁾.

1) RGZ 165, 265, OGHZ 2, 253, 4, 241, BGH-WM 1953, 1548 f.

2) Weipert § 161 Anm. 32, Dür.-Hach.-Flechtheim § 164 Anm. 9, Schlegelb.-Geßler § 105 Anm. 23; a. A. für die Sicherungstreuhand offenbar W. Müller S. 116 f., aus deren Ausführungen aber nicht klar hervorgeht, ob sie nicht lediglich die fortdauernde Haftung (§ 159 HGB) des früheren Gesellschafters für Altschulden der Gesellschaft meint, da sie von der Haftung des TG anscheinend ohne weiteres ausgeht und nur die Nichthaftung des TH mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu begründen sucht.

Handelt es sich um ein entgeltliches Treuhandverhältnis, so kann der gegen den TH-Gesellschafter vollstreckende Gesellschaftsgläubiger allerdings auch dessen Vergütungsanspruch gegen den TG pfänden lassen und auf diese Weise wenigstens mittelbar den TG in Anspruch nehmen.

Fraglich ist, ob der Gläubiger auch einen etwaigen Befreiungsanspruch des TH-Gesellschafters gegenüber dem TG (§§ 670, 675 i. V. m. 257 BGB) pfänden kann ¹⁾. Wir haben oben festgestellt ²⁾, daß der von Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommene TH-Gesellschafter nach der Treuhandabrede beim TG in der Regel nur insoweit Regreß nehmen kann, als er von der Gesellschaft (§§ 110, 161 II HGB) sowie von den Mitgesellschaftern (§426 BGB) keinen Ausgleich zu erlangen vermochte ³⁾.

Eine solche Abrede soll gleichzeitig einen Anspruch des TH-Gesellschafters gegen den TG auf Befreiung von der Verbindlichkeit aus § 128 HGB ausschließen. Denn wenn der TH-Gesellschafter schon vor einer Leistung an den Gesellschaftsgläubiger vom TG Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen könnte, wäre die Subsidiarität des Aufwendungsersatzanspruches aus dem Treuhandverhältnis gegenüber den Ausgleichsansprüchen gegen Gesellschaft und Mitgesellschafter nicht mehr gegeben. Es besteht also vor Zahlung des TH-Gesellschafters an den Gesellschaftsgläubiger kein Befreiungsanspruch gegen den TG, sondern nicht mehr als ein künftiger subsidiärer Aufwendungsersatzanspruch ⁴⁾.

Eine Pfändung dieses künftigen Anspruches gegen den TG durch einen Gesellschaftsgläubiger wäre aber widersinnig, weil die Entstehung dieses Anspruches gerade voraussetzt, daß der TH-Gesellschafter die "Aufwendung" bereits gemacht, also die Forderung des Gesellschaftsgläubigers

1) Der grundsätzlich nicht abtretbare Befreiungsanspruch gemäß § 257 BGB kann an den Gläubiger gerade der Verbindlichkeit, von der Befreiung verlangt wird, abgetreten (RGZ 121, 305, BGHZ 12, 136) und somit von ihm auch gepfändet werden, RGZ 80, S. 183, 81, 250, OLG Celle JW 1938, 1591, Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 851 III 4. Der Befreiungsanspruch verwandelt sich dadurch in einen Zahlungsanspruch, RGZ 70, 257 ff., 81, 250, Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 851 III 4, Staud.-Werner § 257 Anm. 4.

2) Siehe S. 74.

3) Im Einzelfall kann natürlich etwas anderes vereinbart sein. ./.

beglichen hat. Auf diesem Wege können die Gesellschaftsgläubiger also nicht auf das Vermögen des TG Zugriff nehmen.

Eine unmittelbare Haftung des TG gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann sich allenfalls - und das nur in Ausnahmefällen - auf Grund einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung wegen unerlaubter Handlung ergeben, etwa wenn der TG einen Vermögenslosen zum Zwecke der Schädigung der Gesellschaftsgläubiger vorgeschoben hat.

Es darf hierbei auch nicht übersehen werden, daß in den Fällen, in denen der TG vor der Vereinbarung des Treuhandverhältnisses selbst Gesellschafter war, seine - einer fünfjährigen Verjährungsfrist unterliegende (§§ 159 I, 161 II HGB) - Haftung für die vor seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft weiterhin andauert. Diese Fort Haftung für Altschulden hat aber nichts mit seiner TG-Stellung zu tun, sondern ist Folge seiner ehemaligen Gesellschafterstellung ¹⁾.

3. Rechtsstellung des TG gegenüber der Gesellschaft

Eines der Hauptprobleme bei der Untersuchung des Inhalts von Treuhandverhältnissen im Recht der Personalgesellschaften stellt sich mit der

Fortsetzung von S. 76 Note 4:

- 4) Der Ausschluß des Befreiungsanspruchs gegen den Hintermann ist dann sittenwidrig und nichtig, wenn damit lediglich eine Gläubigerbenachteiligung bezweckt wird, OLG Celle JW 1938, 1591(1592) sowie Anm. Boesebeck daselbst. In unserem Fall besteht jedoch für den TG ein durchaus aner kennenswertes Interesse daran, den TH-Gesellschafter, der Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten macht, --- zunächst an das Gesellschaftsvermögen zu verweisen.

- 1) Es kann sich in diesem Zusammenhang noch die Frage ergeben, ob eine Vollstreckung von Gesellschaftsgläubigern in das Treugut, d.h. in die Mitgliedschaft des TH-Gesellschafters, möglich ist und welche Rechte der TG gegebenenfalls dagegen geltend machen kann. Diese Frage soll indes später in einem besonderen Abschnitt untersucht werden. Siehe S. 167 ff.

Frage, inwieweit der TG Einfluß in der Gesellschaft erlangen kann. Der TG als wirtschaftlicher Inhaber des in der Gesellschaftsbeteiligung enthaltenen Wertes hat verständlicherweise ein Interesse daran, eine gewisse Mitsprachemöglichkeit in der Gesellschaft zu erlangen. Wenn man auch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen TG und TH in der Regel voraussetzen kann, so wird der TG dennoch, insbesondere bei hohen Vermögenswerten, bemüht sein, seine ohnehin starke Abhängigkeit von der Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit des TH durch eigene unmittelbare Einflußnahme auf das Schicksal des Treuguts zu mildern. Da bei dem hier vorliegenden Treugut eine solche unmittelbare Einflußnahme gleichzeitig ein Eindringen in das Gesellschaftsverhältnis bedeutet, ist es notwendig, die Zulässigkeit entsprechender Möglichkeiten nach den Grundsätzen des Rechts der Personalgesellschaften zu prüfen.

a) Zunächst ist von dem Fall auszugehen, daß keine besonderen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten getroffen worden sind.

Der TG hat dann als Nichtgesellschafter keinerlei Rechte innerhalb der Gesellschaft. Sein Einfluß auf die Gesellschaft erfolgt lediglich mittelbar, nämlich über den von seinen Weisungen abhängigen TH-Gesellschafter. Kommt der TH-Gesellschafter den Wünschen des TG nicht nach, weicht er beispielsweise bei einem Gesellschafterbeschuß von einem bestimmten Stimmauftrag des TG ab, so ist letzterer allein auf Sanktionen gegenüber seinem Vertrauensmann angewiesen, in das Gesellschaftsverhältnis kann er nicht eingreifen ¹⁾.

Mit dieser relativ schwachen Rechtsstellung muß sich der TG im eigenen Interesse jedenfalls dann abfinden, wenn es sich um ein "verdecktes" Treuhandverhältnis handelt, wenn den Mitgesellschaftern also die treuhänderische Bindung des TH-Gesellschafters verborgen bleiben soll. Abgesehen davon, daß die Einräumung unmittelbarer Rechte in der

1) Dür.-Hach.-Flechtheim § 164 Anm. 9, Schlegelb.-Geßler § 105 Anm. 23, vgl. auch BGH-WM 1962, 1353 (1354).

Gesellschaft an einen Nichtgesellschafter der Zustimmung der Gesellschafter bedürfte, würde das Auftreten des TG in der Gesellschaft geradezu der beabsichtigten Treuhandfunktion zuwiderlaufen.

b) Der große Vorteil eines "offenen" Treuhandverhältnisses liegt darin, daß durch entsprechende Absprachen zwischen TG, TH-Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern versucht werden kann, eine möglichst weitgehende, aber gleichwohl mit dem Treuhandzweck noch zu vereinbarende Anpassung der rechtlichen Gestaltung an die wirtschaftlichen Verhältnisse zu erreichen. Es soll im folgenden untersucht werden, inwieweit und auf welchem Wege dieses Ziel erreicht werden kann.

Das Treuhandverhältnis verleiht dem TH eine "den Zweck überschießende Rechtsmacht" ¹⁾. Dieses Mißverhältnis von Können gegenüber Dritten und Dürfen im Verhältnis zum TG ließe sich bei der treuhänderischen Verwaltung einer Gesellschaftsbeteiligung dadurch mildern, daß entweder einzelne zur Gesellschaftsbeteiligung gehörende Rechte vom TH-Gesellschafter auf den TG übertragen werden oder dem TG gewisse Rechte zusätzlich (originär) verschafft werden, wenn nicht bereits eine Bevollmächtigung des TG zur Ausübung gewisser Gesellschafterrechte des TH-Gesellschafters zum Ziel führt.

aa) Da der TG der an der Gesellschaftsbeteiligung wirtschaftlich Interessierte ist und die formal in den Händen des TH-Gesellschafters liegende Beteiligung an der Gesellschaft in vielen Fällen im wesentlichen sein gesamtes Vermögen darstellen wird, liegt es nahe, dem TG eine gewisse Sicherheit dadurch einzuräumen, daß ihm vermögensrechtliche Ansprüche des TH-Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis übertragen werden.

Vorauszuschicken ist, daß eine Übertragung der gesamthänderischen Mitinhaberschaft des TH-Gesellschafters an einzelnen Ansprüchen der Gesellschaft gegen Dritte oder Mitgesellschafter nicht möglich ist. Eine Trennung von Mitgliedschaft und Mitberechtigung an den Gegen-

1) Siebert S. 146

ständen des Gesellschaftsvermögens widerspricht der Struktur der Gesamthandsgemeinschaft und ist durch § 719 I BGB zwingend ausgeschlossen¹⁾. Zu denken ist nur an vermögensrechtliche Ansprüche, die allein dem TH-Gesellschafter persönlich zustehen, nicht in seiner Eigenschaft als gesamthänderischer Mitinhaber der Gesellschaftsansprüche.

Gemäß § 717 S. 2 BGB können durch Vereinbarung zwischen TH-Gesellschafter und TG - ohne Zustimmung der Mitgesellschafter, falls eine solche nicht gesellschaftsvertraglich vorgeschrieben ist, vgl. § 399 BGB²⁾ gewisse vermögensrechtliche Ansprüche des TH-Gesellschafters auf den TG übertragen werde, nämlich die Ansprüche auf den Gewinnanteil, auf den Auseinandersetzungsanteil sowie die bereits vor Auseinandersetzung zu realisierenden Ansprüche aus der Geschäftsführung. Insoweit kann der TG also seine Position auch gegen den Willen der Mitgesellschafter des TH festigen. Die genannten Ansprüche können ohne Gefährdung des Gesellschaftszweckes von der Person eines Gesellschafters gelöst werden. Das ist der Grund für die nach § 717 S.2 BGB ausnahmsweise gestattete freie Übertragbarkeit³⁾. Durch den Erwerb der vermögensrechtlichen Ansprüche erlangt der TG keine Mitwirkungsbefugnisse in der Gesellschaft, wie etwa die Teilnahme am Gewinnfeststellungsbeschluß oder an der Aufstellung der Abschichtungsbilanz. Hierfür ist weiterhin der TH als Gesellschafter zuständig⁴⁾.

Die Übertragung des Anspruches auf einen Gewinnanteil ist für den TG in Jahren fehlenden Gewinnes freilich nutzlos. Daher ist zu fragen, ob ihm auf anderem Wege ein Zugriff auf Vermögenswerte offen steht. Das Gesetz hat den persönlich haftenden Gesellschaftern (nicht den Komman-

1) Dür.-Hach.-Geiler Allg.Einl. Anm.30, Larenz Schuldr. II § 60 IV a, S. 305, Wiedemann S.31, Hadding S. 23.

2) § 399 BGB ist für Forderungen eine Ausnahme von § 137 BGB, vgl. Dür.-Hach.-Geiler Allg.Einl. Anm.36a.

3) Soergel-Schultze v. Lasaulx § 717 Anm.8, Palandt-Thomas § 717 Anm.2, Dür.-Hach.-Geiler Allg.Einl. Anm.31, Teichmann NJW 1966, 2339.

4) RGZ 90, 19(20), Soergel-Sch.v. Lasaulx § 717 Anm.10, Erman-Schulze-Wenck § 717 Anm. 2.

ditisten, § 169 I S.1 HGB) das Recht auf Entnahme eines bestimmten Geldbetrages aus der Gesellschaftskasse zugebilligt, §§ 122 I 1. Alt., 161 II HGB. Dieses Entnahmerecht in Höhe von 4 % des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils ist ohne Rücksicht auf Gewinnerzielung gegeben. Es soll dazu dienen, dem Gesellschafter, der seine Arbeitskraft und sein Vermögen in der Gesellschaft einsetzt und daher in der Regel keine anderen nennenswerten Verdienstmöglichkeiten hat, auch in Jahren verlustreichen Geschäftsverlaufes zumindest den notwendigen Lebensunterhalt zu sichern ¹⁾.

Im Falle der treuhänderischen Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft wird es regelmäßig so sein, daß nicht der TH-Gesellschafter, der in der Regel auf Grund der Treuhandabrede für seine Tätigkeit eine Vergütung vom TG bezieht, sondern vielmehr der TG auf die Erträge aus der wirtschaftlich zu seinem Vermögen zählenden Gesellschaftsbeteiligung angewiesen ist. Es bleibt also zu untersuchen, ob dieses Entnahmerecht vom TH-Gesellschafter, dem es auf Grund seiner Gesellschaftereigenschaft zusteht (falls er nicht Kommanditist ist, § 169 I HGB), auf den TG übertragen und somit auch in dieser Hinsicht die Abhängigkeit des TG von der Zuverlässigkeit des TH-Gesellschafters gemildert werden kann. Folgende Ergebnisse sind denkbar: (1) § 717 S.2 BGB ist auf das Entnahmerecht entsprechend anwendbar, d.h. Übertragbarkeit ohne notwendige Zustimmung der Mitgesellschafter, (2) § 717 S.2 BGB ist nicht entsprechend anwendbar. Dann kommt es darauf an, ob § 717 S.1 BGB für den Fall des Entnahmerechts (a) zwingend ist, das bedeutet Nichtübertragbarkeit, oder (b) disponibel ist, das bedeutet Übertragbarkeit mit Zustimmung der Mitgesellschafter ²⁾.

1) Hueck OHG S. 248, Dür.-Hach.-Flechtheim § 122 Anm.1, Schlegelb.-Geßler § 122 Anm.1

2) Die Unterscheidung zwischen Nichtübertragbarkeit und zustimmungsbedürftiger Übertragbarkeit wird im Schrifttum, das ganz überwiegend die Übertragbarkeit verneint, häufig nicht klar getroffen. So begnügen sich etwa Weipert § 122 Anm.2 sowie Hueck OHG S.249 damit, festzustellen, daß das Entnahmerecht kein Gewinnanspruch ./.

Eine freie Abtretbarkeit des Entnahmerechts allein durch Vereinbarung zwischen dem abtretenden Gesellschafter und dem Dritten würde wegen des in § 717 S.1 BGB (§§ 105 II, 161 II HGB) festgelegten Grundsatzes voraussetzen, daß § 717 S.2 BGB auf das Entnahmerecht entsprechend angewendet werden kann. Dafür könnte sprechen, daß das Entnahmerecht - ebenso wie die in S.2 genannten Rechte - ein rein vermögensrechtlicher Anspruch ist. Abgesehen von dem allein noch nicht überzeugenden Argument, daß der Ausnahmecharakter des § 717 S.2 BGB eine entsprechende Anwendung nicht zulasse, ist jedoch zu bedenken, daß die Mitgesellschafter durchaus ein Interesse daran haben, in wessen Hand das Entnahmerecht liegt. Im Gegensatz etwa zur Realisierung eines Gewinnanspruchs, die einen entsprechenden Gewinnfeststellungs- und -verteilungsbeschluß der Gesellschafter voraussetzt, ist die Durchsetzung des Entnahmerechts nach § 122 I 1. Alt. HGB ohne Zustimmung der Teilhaber möglich. Es unterliegt der persönlichen Entscheidung des Rechtsinhabers, ob er der Gesellschaft Kapital entziehen will oder nicht. Diese Entscheidung kann bei dem der Treuepflicht unterliegenden Gesellschafter, insbesondere bei schlechtem Geschäftsgang, anders ausfallen als bei einem Nichtgesellschafter¹⁾. Das Entnahmerecht ist somit jedenfalls ohne Zustimmung

Fortsetzung von S. 81 Note 2:

... sei, also nicht unter § 717 S.2 BGB falle und daher unübertragbar sei. Nicht untersucht wird, ob die Zustimmung der Mitgesellschafter daran etwas ändern kann (Disponibilität des § 717 S.1 BGB).

- 1) Vgl. Hueck OHG S. 249, Schlegelb.-Geßler § 122 Anm.2, Wiedemann S.295 f., der allerdings, nachdem er ein "berechtigtes Interesse der Mitgesellschafter" an der Nichtübertragbarkeit festgestellt hat, nicht konsequent weiter untersucht, ob das Entnahmerecht indessen mit Zustimmung der Mitgesellschafter (unter Hintanstellung ihres "berechtigten Interesses") abtretbar sei, sondern den Ausschluß der Abtretbarkeit dann aus der "Natur des Rechts" schließt (S.296). Die Nichtübertragbarkeit gilt seiner Meinung nach nur für zukünftige Entnahmen, nicht für den im laufenden Geschäftsjahr geltend gemachten Entnahmeanspruch.

der Mitgesellschafter nicht übertragbar¹⁾. (Das ändert nichts daran, daß der aus diesem Recht sich ergebende Einzelanspruch, falls er sich im Rahmen des Gewinnanteils hält, als Anspruch auf den Gewinnanteil gemäß § 717 S.2 BGB frei abtretbar ist²⁾.)

Bei dem - in diesem Zusammenhang allein interessierenden - "offenen" Treuhandverhältnis ist es jedoch gut vorstellbar, daß die Gesellschafter durchaus mit einem Übergang des Entnahmerechts vom TH-Gesellschafter auf den TG einverstanden wären. Sie mögen davon ausgehen, daß eine Entnahmezuständigkeit des TG, den letztlich Wohlergehen und Verluste der Gesellschaft in seinem Vermögen treffen, eine bessere Gewähr gegen eine gesellschaftsschädigende Ausübung dieses Rechts bietet als eine entsprechende Befugnis des wirtschaftlich unbeteiligten TH-Gesellschafter. Das Entnahmerecht ist ein Anspruch "aus dem Gesellschaftsverhältnis" und fällt somit - in der Ausnahmevorschrift des S.2 ist es nicht genannt - unter den S.1 des § 717 BGB. Die Frage, ob der dort ausgesprochene Ausschluß der Übertragbarkeit von den Gesellschaftern abbedungen werden kann, ist nicht pauschal zu beantworten. Vielmehr ist davon auszugehen, daß § 717 S.1 BGB zwar grundsätzlich nachgiebiges Recht enthält³⁾, daß aber dennoch beim jeweils betroffenen Einzelrecht, insbesondere bei den Verwaltungs-

-
- 1) So die heute allgemeine Ansicht. A.A.: Makower § 105 Anm. I f 2, v. Godin JR 1948, 61(63)
 - 2) RG-WarnJbZiv 1907, 520, Dür.-Hach.-Flechtheim § 122 Anm.2, Schlegelb.-Geßler § 122 Anm.6.
 - 3) RG-JW 1919, 933(Nr.4), RG-LZ 1921, 617(Nr.4). (Das RG sieht allerdings Verfügungen ohne Zustimmung der Gesellschafter nicht als schwebend unwirksam, sondern unzutreffend als relativ unwirksam an. Richtig dagegen BGHZ 13, 179 ff., 182, 186); Soergel-Schultze v. Lasaulx § 717 Anm.1, Erman-Schulze-Wenck § 717 Anm.3, Dür.-Hach.-Geiler Allg. Einl. Anm.36b ("Die Nichtübertragbarkeit der Gesellschafterrechte ist nur eine Regelvorschrift zum Schutze der Gesellschafter"), Hueck ZHR 83, S.18, 26, Erman in Festschr. für Nipperdey I S. 286, Oegg RGRK-BGB 10. Aufl. § 717 Anm.4 (anders allerdings Fischer in der 11. Aufl. Er meint aber offenbar nur die Mitverwaltungsrechte und beruft sich auf BGH-Urteile speziell zur Stimmrechtsübertragung.).

rechten, zu untersuchen ist, ob eine Trennung von der Mitgliedschaft nicht aus gesellschaftsrechtlichen oder sonstigen Erwägungen ausgeschlossen sein muß ¹⁾.

Es müßten schon zwingende Gründe vorliegen, um eine Übertragbarkeit des Entnahmerechts auch mit Zustimmung der Gesellschafter - sei es durch eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag, sei es durch einen dahingehenden Beschluß - ablehnen zu können ²⁾.

Ein solcher Grund könnte in dem Zweck dieses Anspruches liegen. Die bezweckte Sicherung eines gewissen Lebensunterhalts ³⁾ für den Gesellschafter wird in Beziehung gebracht zu den gemäß § 851 II ZPO zwingenden Vorschriften der §§ 850 ff. ZPO über die Unpfändbarkeit von Arbeitseinkommen bis zu einer bestimmten Höhe ⁴⁾. Hiergegen läßt sich jedoch einwenden, daß sich das Entnahmerecht in Höhe von 4 % des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils durchaus nicht in den gemäß §§ 850 ff. ZPO durch die Rechtsordnung gegebenen Grenzen

- 1) Zwingende Unübertragbarkeit allgemein aller Verwaltungsrechte nehmen an: BGHZ 3, 354 ff. (357), BGH-LM Nr. 6 zu § 105 HGB, BGHZ 20, 363 und 36, 292 (Verbot der "Abspaltung" von gesellschaftlicher Verwaltungsrechten), Soergel-Schultze v. Lasaulx § 717 Anm. 4, Erman-Schulze-Wenck § 717 Anm. 3, Staud.-Keßler § 717 Anm. 21a (Keßler bezeichnet diese Ansicht allerdings als "sehr bestritten". Er beschränkt seine Erörterungen zudem auf die Frage der Übertragbarkeit des gesellschaftlicher Stimmrechts. Vgl. außerdem die Einschränkung in Anm. 21b.). Zum Fragenkomplex der Übertragbarkeit der Mitverwaltungsrechte siehe die Erörterungen unten S. 86 ff.
- 2) Da das Entnahmerecht kein gesellschaftliches Mitverwaltungsrecht ist, handelt es sich hier nicht um einen Fall der "Abspaltung" von Mitverwaltungsrechten, deren Unzulässigkeit vor allem aus dem "Wesen der Gesellschaft" hergeleitet wird. Dazu unten S. 86 ff.
- 3) RGZ 67, 13 (18)
- 4) Wiedemann S. 295, W. Müller S. 48

der Unpfändbarkeit zu halten braucht. Zudem kann auch der Gewinnanteil eines Gesellschafters unter der Pfändungsgrenze der §§ 850 ff. ZPO liegen, und man müßte konsequenterweise einen derart niedrigen Gewinnanteil ebenfalls als zwingend unabtretbar ansehen ¹⁾. Das wird jedoch allgemein nicht getan: sofern nur der zu entnehmende Betrag aus Gewinnen stammt, wird das diesbezügliche Entnahmerecht als übertragbar bezeichnet ²⁾. Weiterhin müßte man auch die Gültigkeit eines gesellschaftsvertraglichen Ausschlusses des Entnahmerechts (vgl. § 109 HGB) aus dem Rechtsgedanken der §§ 850 ff. ZPO anzweifeln, was - soweit ersichtlich - ebenfalls nicht geschieht ³⁾.

Hinzu kommt für unseren Fall der treuhänderischen Verwaltung eines Gesellschaftsanteils, daß der TH-Gesellschafter als bloßer Verwalter gerade nicht auf Erträgnisse der Gesellschaftsbeteiligung angewiesen ist. Vielmehr sollen diese Erträgnisse dem TG zufließen, der seinerseits die Tätigkeit seines Vertrauensmannes, des TH-Gesellschafters, entsprechend zu vergüten hat. Der mit dem § 122 I HGB verfolgte Zweck wird durch eine Übertragung des Entnahmerechts auf den TG also nicht vereitelt, sondern - wenn man sich den vermögensmäßigen Einsatz des TG vor Augen führt - sogar gefördert.

Zur Begründung einer angeblich zwingenden Unübertragbarkeit kann man ferner nicht anführen, es bestehe ein "berechtigtes Interesse (der Mitgesellschafter), daß Entnahmen nur von einem der ihren vorgenommen werden" ⁴⁾. Die Gesellschafter sind frei in der Entscheidung, ob sie einem - nicht an die Treuepflicht gebundenen - Nichtgesellschafter das Entnahmerecht zugestehen wollen oder nicht ⁵⁾. Es liegt kein Grund vor,

1) Vgl. Wiedemann S.295.

2) Dür.-Hach.-Flechtheim § 122 Anm.3, Schlegelb.-Geßler § 122 Anm.6, Hueck OHG S.249.

3) Vgl. z.B. Weipert § 122 Anm.23.

4) Wiedemann S.296. Unverständlich ist, wie Wiedemann hieraus den Schluß auf die Unabtretbarkeit wegen der "Natur dieses Rechts" ziehen kann.

5) So Weipert § 122 Anm.23.

sie daran zu hindern, ihr "berechtigtes Interesse" aus irgendwelchen Gründen hintanzustellen. Eine Zustimmung zur Übertragung des Entnahmerechts an einen Dritten wird den Gesellschaftern gerade dann nicht allzu schwer fallen, wenn dieser Dritte als TG eines Gesellschafters an einer Schädigung der Gesellschaft naturgemäß ebenso wenig Interesse haben kann wie ein Gesellschafter.

Bei entsprechendem Einverständnis der Gesellschafter kann also eine Übertragung des in §§ 122 I (161 II, aber: 169 I) HGB dem persönlich haftenden Gesellschafter gesetzlich verliehenen Entnahmerechts vom TH-Gesellschafter auf seinen TG vorgenommen werden.

bb) Die Abtretung allein vermögensrechtlicher Ansprüche wird häufig dem Interesse des TG an der Einräumung unmittelbaren Einflusses in der Gesellschaft nicht genügen. Eine Übertragung etwa des Gewinnanspruchs ohne gleichzeitige Berechtigung zur Mitwirkung am Gewinnfeststellungs- und -verteilungsbeschluß bedeutet eben für den TG weiterhin Abhängigkeit von der Loyalität des TH. Vor allem in den Fällen, in denen der TH lediglich die Funktion eines "Strohmannes" hat, könnten eine Bevollmächtigung des TG zur Ausübung des Stimmrechts des TH-Gesellschafters, eine Übertragung des Stimmrechts vom TH-Gesellschafter auf den TG oder auch die Erteilung eines zusätzlichen Stimmrechts an den TG im Interesse aller Beteiligten liegen ¹⁾.

-
- 1) Die folgenden Untersuchungen über die Ausübung des Stimmrechts durch den TG als Nichtgesellschafter erlangen also praktische Bedeutung insbesondere für Treuhandverhältnisse mit Umgehungsfunktion (vgl. Beispielsfall 4, S.8), Verbergungsfunktion (Beispielsfall 2, S.6) und Kreditverschaffungsfunktion (Beispielsfall 3, S.7), jedoch kaum für die Fälle der Vereinfachungsfunktion (Beispielsfall 1, S.3). Fürsorgefunktion (Beispielsfall 5, S.10) und Sicherungsfunktion (Beispielsfall 6, S.11), da in letzteren Fällen die Ausübung der Mitverwaltungsrechte durch den TH gerade der Zweck des Treuhandverhältnisses ist.

(1) Naheliegend ist zunächst die Regelung, daß der TG den TH-Gesellschafter bei der Stimmabgabe vertritt.

Während die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten durch den gesetzlichen Vertreter eines Gesellschafters allgemein - auch ohne die Zustimmung der Mitgesellschafter - als zulässig angesehen wird ¹⁾, begegnet die gewillkürte Stellvertretung im Recht der Personalgesellschaft gewissen Bedenken ²⁾. Die Personalgesellschaft ist von der gesetzlichen Grundkonzeption her typischerweise eine auf gegenseitigem Vertrauen aufbauende, persönlichkeitsbezogene Interessengemeinschaft, bei der es auf die speziellen fachlichen und charakterlichen Fähigkeiten der einzelnen Gesellschafter ankommt. Die persönliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Mitgesellschafter spielen eine entscheidende Rolle bei der Überlegung, ob man an einer bestimmten Personalgesellschaft teilnehmen will oder nicht. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß es grundsätzlich keinem Gesellschafter erlaubt sein kann, ohne Zustimmung der Mitgesellschafter etwa sein Stimmrecht durch eine dritte, für die Mitgesellschafter fremde Person ausüben zu lassen. Die Verwaltungsrechte in der Personalgesellschaft dürfen also - anders als etwa bei der Aktiengesellschaft - grundsätzlich nur durch den Gesellschafter persönlich ausgeübt werden ³⁾. Das muß nach dem Gesagten auch für den Gesellschafter gelten, der die Gesellschafterstellung lediglich als TH eines Dritten innehat. Es kommt hier auf die Person des Gesellschafters an, nicht auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Anteils.

-
- 1) Z.B.: RGZ 123, 289(299), Hueck OHG S. 307, Wiedemann S. 243 Note 1, S. 350 Note 1, Schneider BB 1955, 948 f. Einschränkung Gogos S. 72 f., der die Fälle, in denen erst im Laufe der Mitgliedschaft der Fall der gesetzlichen Vertretung eintritt, ausschließt. Vgl. zur Stimmrechtsvertretung auch ausführlich Hartwig Knitter, Diss. Marburg 1968.
 - 2) Von ihrer Zulässigkeit geht offensichtlich ohne weiteres aus Johannes Hein ZHB 1929, 195.
 - 3) RGZ 123, 289(299), BGHZ 25, 115(122 f.), Dür.-Hach.-Flechtheim § 114 Anm. 3, Weipert § 109 Anm. 5, Soergel-Schultze v. Lasaulx § 709 Anm. 37, Wiedemann S. 350.

Die zur Begründung der sog. "Höchstpersönlichkeit" des Stimmrechts angeführten Gründe zeigen jedoch gleichzeitig, daß es sich hierbei nicht um einen zwingenden Grundsatz handelt. Einer Zulassung der ge- willkürten Stellvertretung durch Vereinbarung der Gesellschafter, sei es im Gesellschaftsvertrag, sei es durch eine ad-hoc-Zustimmung im konkreten Einzelfall, steht nichts im Wege ¹⁾. Es liegt im Ermessen der Gesellschafter, ob sie sich auf die formelle oder auch sachliche Mitbestimmung durch einen Gesellschaftsfremden einlassen wollen.

Das freie Ermessen der Gesellschafter, d.h. die Zustimmungsbedürftigkeit einer Bevollmächtigung eines Nichtgesellschafters zur Stimmausübung, findet aber dort seine Grenze, wo die gesellschaftsrechtliche Treupflicht es erfordert, einem bestimmten Mitgesellschafter die Ausübung seines Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten zu gestatten ²⁾. Hierbei kann es sich nur um Ausnahmefälle handeln. Eine vollständige und allgemein gültige Aufzählung solcher Ausnahmesituationen ist nicht möglich. In der Rechtsprechung ³⁾ und auch im Schrifttum ⁴⁾ sind insbesondere längere Krankheit und längere Abwesenheit eines Gesellschafters angeführt worden als Beispiele für besondere Umstände, die es dem Gesellschafter unmöglich machen, seine Rechte selbst sachgerecht auszuüben. Weiterhin wird vorausgesetzt, daß den Mitgesellschaftern die Vertretung bei der Ausübung des Mitverwaltungsrechts "bei objektiver Abwägung der widerstreitenden Interessen" zumutbar ist ⁵⁾. Versucht man, die in Frage kommenden Ausnahmesituationen in einer - wenn auch wenig konkreten - Formel zusammenzufassen, so wohl am ehesten mit Hilfe des Begriffes des "wichtigen Grundes". Dieser Be-

1) Wieland I S. 572 f., Hueck OHG S. 167, Wiedemann S. 350; vgl. auch BGHZ 25, 115 (122).

2) BGH-NJW 1970, 706.

3) BGHZ 25, 115 (123) für das Prüfungsrecht.

4) Wiedemann S. 350, Hueck OHG S. 188 für das Informationsrecht.

5) BGH-NJW 1970, 706, vgl. auch Wiedemann S. 350.

griff spielt im Gesellschaftsrecht wie überhaupt im Recht der Dauer-schuldverhältnisse eine bedeutende Rolle im Zusammenhang mit außer-gewöhnlichen Maßnahmen oder Befugnissen (Kündigung, Auflösung, Aus-schließung, Entziehung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis). Danach wäre die Vertretung eines Gesellschafters in der Ausübung sei-ner Verwaltungsrechte dann von den Mitgesellschaftern zu dulden, wenn der betreffende Gesellschafter einen wichtigen Grund zur Bevollmäch-tigung vortragen kann und die Duldung den Mitgesellschaftern nach ob-jektiver Interessenabwägung zumutbar ist. Die Schwierigkeit liegt aller-dings darin, den Begriff des "wichtigen Grundes" auszufüllen und nach außen hin abzugrenzen. Kann etwa der TG gegen den Willen der Mitge-sellschafter das Stimmrecht des TH-Gesellschafters deshalb kraft ei-ner "aus wichtigem Grund" zulässigen Bevollmächtigung ausüben, weil der betreffende Beschluß sich folgenswer auf seine vermögensmäßige Beteiligung auswirken kann? Sicher hat hier der TG ein erhebliches Interesse, unmittelbar an der Beschlußfassung mitzuwirken. Es kann aber bei der aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht folgenden Duldungspflicht der Mitgesellschafter nicht auf einen wichtigen Grund in der Person des TG, sondern nur in der Person des TH-Gesellschaf-ters ankommen. Nur diesem gegenüber besteht die gesellschaftsrecht-liche Treuepflicht. Die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Anteils zum Vermögen des TH reicht nicht aus, um die Vertretung des TH durch den TG bei der Beschlußfassung, auch wenn grundlegende wirtschaftliche Entscheidungen gefällt werden, ohne entsprechende Vereinbarung mit den Mitgesellschaftern als statthaft anzusehen. Der TG muß sich hier darauf verlassen, daß sein TH, den er selbst ausgewählt hat, zuver-lässig ist und seinen Anweisungen entsprechend abstimmt.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der TG das Stimmrecht des TH-Gesellschafters als dessen Bevollmächtigter nur dann ausüben darf, wenn entweder die Mitgesellschafter sich damit - sei es im Gesellschafts-vertrag, sei es durch besondere Zustimmung im Einzelfall - einverstan-den erklärt haben, oder wenn in der Person des TH ein wichtiger Grund vorliegt, der ihn auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

unter Berücksichtigung auch der Interessen der Mitgesellschafter diesen gegenüber berechtigt, sich durch den TG vertreten zu lassen. Die Duldung der Stimmrechtsausübung durch den TG als Bevollmächtigten in besonderen Ausnahmefällen ist den Gesellschaftern bei einem von Anfang an "offenen" Treuhandverhältnis eher zumutbar als bei einer bisher "verdeckten" Treuhandschäft. Im ersteren Fall ist zudem jeweils zu prüfen, ob sich die Duldungspflicht nicht schon aus den besonderen Vereinbarungen bei der Begründung der treuhänderischen Beteiligung ergibt.

Das Sicherheitsinteresse des TG kann soweit gehen, daß eine bloße Bevollmächtigung durch den TH-Gesellschafter zur Wahrung der Interessen des TG nicht ausreicht. Denn zum einen ist eine Vollmacht grundsätzlich widerruflich, zum andern begründet sie nur eine konkurrierende Rechtsmacht. Der TG muß also damit rechnen, daß sein TH trotz der Bevollmächtigung selbst abstimmt, und zwar entgegen den Anweisungen des TG. Eine solche Stimmabgabe des TH-Gesellschafters wäre ohne weiteres wirksam, denn der Vollmachtgeber verliert durch die Bevollmächtigung nicht die Befugnis, das Recht selbst auszuüben. Es drängt sich daher die Frage auf, ob - mit Zustimmung der Gesellschafter - auch eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht für den TG bei gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht des TH-Gesellschafters vereinbart werden kann. Die Wirksamkeit einer solchen Regelung hatte der BGH in dem Urteil vom 10. 11. 1951 - II ZR 111/50 - ¹⁾ zu untersuchen. Mit Recht hat der BGH festgestellt, daß eine solche Vereinbarung einer Stimmrechtsübertragung gleichzuachten sei und ihre Wirksamkeit demnach unter diesem Aspekt geprüft werden müßte ²⁾. Es kann also bezüglich dieser Frage auf die nun folgenden Untersuchungen zur Abtret-

1) BGHZ 3, 354

2) Zustimmend: Fischer LM Nr.1 zu § 105 HGB, Hueck JZ 1952, 115, beide in einer Anmerkung zu obigem BGH-Urteil.

barkeit des Stimmrechts in der Personalgesellschaft verwiesen werden.

(2) Wenn die Zulässigkeit der Stimmrechtsübertragung bei der Personalgesellschaft erörtert wird, so kann es nur um die Abtretung mit Zustimmung der Gesellschafter gehen. Fehlt es an einem solchen Einverständnis der Gesellschafter, so ergibt sich der Ausschluß der Übertragbarkeit ohne weiteres aus der gesetzlichen Vorschrift des § 717 S.1 BGB (§§ 105 II, 161 II HGB); der TG kann also gegen den Willen der Gesellschafter das Stimmrecht in der Gesellschaft nicht erlangen. Demnach liegt das Problem darin, ob und inwieweit die Norm des § 717 S.1 BGB durch die Gesellschafter abdingbar ist. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß dies für das jeweils zu übertragende Recht gesondert zu beurteilen ist.¹⁾

Gerade die Frage der Übertragbarkeit des Stimmrechts hat Rechtsprechung und Literatur sehr beschäftigt. Die nahezu einhellige Ansicht geht dahin, daß eine Übertragung des Stimmrechts - ohne gleichzeitigen Übergang der Mitgliedschaft selbst - zwingend unzulässig sei²⁾. Für diese Auffassung werden unterschiedliche Begründungen angeführt,

1) Siehe S. 83 f.

2) BGHZ 3, 354 (Eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht bei gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht des Bevollmächtigenden wird hier einer Stimmrechtsabtretung gleichgeachtet), ebenso: BGHZ 20, 363, 36, 292(293), 44, 158, BGH-LM Nr. 6 zu § 109 HGB, Nr. 7 zu § 161 HGB m. Anm. Fischer und Nr. 6 zu § 105 HGB (hier läßt der BGH allerdings die Zulässigkeit einer "Abspaltung" des Stimmrechts an einen Mitgesellschafter offen, siehe dazu BGH-JR 1954, 59), Staud.-Keßler § 717 Anm. 21 a, Soergel-Schultze v. Lasaulx § 717 Anm. 6, Erman-Schulze-Wenck § 717 Anm. 3, Schlegelberger-Geßler § 119, Anm. 1, Weipert § 109 Anm. 7, Hueck OHG S. 166 (anders offensichtlich noch in ZHR 83, 1 ff., 26), Wiedemann S. 276 ff.

A.A.: RGZ 157, 52(55), 170, 39, 172, 199(205), Oegg RGRK-BGB 10. Aufl. § 717 Anm. 4 (anders allerdings Fischer in der 11. Aufl., der § 717 S. 1 BGB als zwingendes Recht ansieht), Holch DNotZ 1958, 282 ff., der aber die "Abspaltung" fälschlicherweise als "minus" ./.

die jedoch schwerlich zu überzeugen vermögen. Da die Frage einer Stimmrechtsübertragung auf den TG für diesen von besonderem Interesse ist ¹⁾, bedarf es zu diesem Problem einer Auseinandersetzung und Klärung.

(a) In seiner grundlegenden Entscheidung vom 10. II. 1951 - II ZR 111/50 - ²⁾ leitete der BGH die Untrennbarkeit des Stimmrechts von der Mitgliedschaft aus dem "Wesen der Gesamthandsgemeinschaft" her. Wenn man schon von einem "Wesen" der Gesamthandsgemeinschaft sprechen will, so muß man sich vergegenwärtigen, daß mit "Gesamthand" eine besondere Art der Vermögenszuordnung bezeichnet wird. So betrachtet, kommt das "Wesen der Gesamthandsgemeinschaft" in § 719 I BGB zum Ausdruck: Alle Mitglieder der Gesamthand und nur sie sind zwingend in ihrer Verbundenheit Zuordnungsobjekt hinsichtlich des Gesamthandsvermögens. Wesentlich für das Prinzip der Gesamthand ist also die Einheit von Mitgliedschaft und "Anteil" (besser: Mitträgerschaft) am Gesamthandsvermögen, nicht jedoch die notwendige Verbindung von Mitgliedschaft und daraus sich ergebenden Verwaltungsrechten. Auch am Beispiel der gesamthänderischen Erbengemeinschaft zeigt sich für den Fall der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, daß die Fremdverwaltung dem "Wesen" der Gesamthandsgemeinschaft nicht widerspricht.

Der BGH hat sich in der Folgezeit nicht mehr auf das Wesen der Gesamthandsgemeinschaft, sondern speziell auf das "Wesen der Personengesellschaft" gestützt. Mit diesem sei es nicht vereinbar, daß ein Mitgliedschaftsrecht durch ein Nichtmitglied "auf Grund eigener Verantwortung und Willensbestimmung und nach eigenen Interessensgesichtspunkten" ausgeübt werde ³⁾. Bei der Übertragung des Stimmrechts entstehe die

Fortsetzung von S. 91 Note 2:

--- gegenüber der Übertragung der Mitgliedschaft ansieht (hiergegen mit Recht BGHZ 3, 357), Möhring JurJb. 7, 123 ff. (132 ff.), Erman in Nipp.-Festschr. I S. 280 ff. Gegen zwingende Unübertragbarkeit des Stimmrechts offenbar auch Dür.-Hach.-Geiler Allg. Einl. Anm. 36 b, der sich aber auf nicht einschlägige Entscheidungen stützt.

1) Vgl. auch H.P. Westermann S. 386 f. ./.

Gefahr, daß das "Gefüge der Gesellschaft" durch Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen "gesprengt" werde.

(b) Bei allen Erörterungen über Fragen des Innenverhältnisses einer Personalgesellschaft ist auszugehen von der in diesem Bereich gegebenen Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter (§§ 109, 163 HGB). Die den Gesellschaftern eingeräumte Dispositionsfreiheit umfaßt auch die Möglichkeit, von typischen Strukturen - typisch ist eben nicht gleichzusetzen mit zwingend - abzuweichen, und zwar auch dann, wenn dies gewisse Risiken für die Gesellschaft in sich birgt. Sind alle Gesellschafter damit einverstanden, daß einem Gesellschaftsfremden unmittelbarer Einfluß in der Gesellschaft eingeräumt wird, so kann man die Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung zumindest nicht damit begründen, daß die Gesellschafter vor der Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen geschützt werden müßten ¹⁾. Halten sie eine solche Gefahr bei dem betreffenden Nichtgesellschafter für gegeben, so werden sie von vornherein ihre Zustimmung nicht erteilen. Von solchen Überlegungen geht offenbar auch der BGH aus, wenn er in dem Urteil vom 22. 2. 1960 - VII ZR 83/59 - die Erteilung eines zusätzlichen Stimmrechts an einen Gesellschaftsfremden zuläßt. Das stehe, "wenn sie es im gemeinschaftlichen Interesse für erforderlich halten, in ihrem freien Belieben" ²⁾.

Ähnliche Überlegungen werden für die Gesellschafter auch dann relevant, wenn etwa eine GmbH als Gesellschafter aufgenommen werden soll - das wird heute allgemein als zulässig angesehen ³⁾ -, denn das Stimmrecht der GmbH in der Personalgesellschaft wird durch den Geschäftsführer der GmbH ausgeübt, durch eine Person also, die nicht Mitglied der Personalgesellschaft ist und nicht einmal der GmbH anzugehören braucht (§ 6 II GmbHG). Aus der Zulässigkeit solcher Gestaltungsformen

Fortsetzung von S. 92 Note 2:

2) BGHZ 3, 354 ff.

3) BGH-LM Nr. 6 zu § 105 HGB

1) Siehe auch Wiedemann S. 282, ähnlich H. Westermann-Hdb. Rdz. I 322.

2) BGH-LM Nr. 6 zu § 109 HGB.

3) Grundlegend RGZ 105, 101.

wird ersichtlich, daß man ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen allen in der Gesellschaft mit Entscheidungsbefugnis versehenen Personen zwar als typisches Merkmal der Personalgesellschaft, nicht aber als notwendig zu ihrem "Wesen" gehörend ansehen kann¹⁾. Die Entscheidung des BGH vom 8. 10. 1953 - IV ZR 248/52 -²⁾ läßt denn auch erkennen, daß man bei der Argumentation, die Unzulässigkeit einer Stimmrechtsabtretung folge aus dem "Wesen" der Personalgesellschaft, wohl selbst gewisse Zweifel hatte. Ob nämlich die Übertragung des Stimmrechts an einen Mitgesellschafter oder zwar an einen Dritten, dann aber nur für eine bestimmte, bereits überschaubare Zahl von Beschlüssen doch zulässig ist, wird ausdrücklich offengelassen. Diese Einschränkung zeigt, daß man die Abtretbarkeit im Grunde deshalb ablehnt, weil damit in der Regel eine allzu große Gefahr gesellschaftsfremder Zweckverfolgung liegt³⁾.

Zunächst wäre hier die Frage zu stellen, ob es nicht Sache der Gesellschafter ist, sich auf solche Gefahren einzulassen oder nicht. Abgesehen davon erscheint es angesichts dieser Entscheidung des BGH nicht als ausgeschlossen, daß das Gericht für den Fall der Stimmrechtsabtretung an den TG eines Gesellschafters eine Ausnahme von der Nichtübertragbarkeit zulassen würde, weil der TG aufgrund seiner vermögensmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft eine zumindest ebenso große Gewähr gegen gesellschaftsschädigendes Verhalten bietet wie der lediglich im Auftrage tätige TH-Gesellschafter.

(c) Zur Frage der Übertragbarkeit des Stimmrechts spielen schließlich folgende Erwägungen eine Rolle.

Zum Normaltypus einer Personalgesellschaft gehört zwar die Entsprechung von Herrschaftsbefugnis und Risikotragung. Wer zu entscheiden hat, soll auch die materiellen Folgen dieser Entscheidung tragen. Das gibt eine gewisse Gewähr für sachgerechte, wohlerrungene Entscheidungen. Es

1) Möhring JurJb 7, 133

2) BGH-LM Nr. 6 zu § 105 HGB

3) Vgl. BGH-LM Nr. 6 zu § 105 HGB, Bl. 2; siehe auch Staud. - Keßler § 717 Anm. 21 b.

ist aber nicht einzusehen, warum die Gesellschafter nicht auf solche Sicherheiten sollten verzichten können, falls sie das bei einer bestimmten Person für ungefährlich halten. Für den hier interessierenden Fall der Übertragung des Stimmrechts auf den außenstehenden TG eines Gesellschafters spricht dieses Argument ohnehin eher für als gegen die Übertragbarkeit. Denn es ist gerade der TG, der die wirtschaftlichen Auswirkungen der Gesellschafterbeschlüsse zu tragen hat. Sein Vermögen steht auf dem Spiel. Die gesellschaftsrechtliche Haftung trifft zwar den TH-Gesellschafter. Dieser hat jedoch einen - wenn auch nur subsidiären - Aufwendungsersatzanspruch gegen den TG, falls er Gesellschaftsschulden aus eigenen Mitteln beglichen hat ¹⁾. Gerade im Zusammenhang mit Treuhandverhältnissen könnte also die Übertragung des Stimmrechts nicht nur im Interesse des dadurch begünstigten Dritten liegen, sondern häufig auch den Gesellschaftern willkommen sein.

(d) Wiedemann ²⁾ äußert sich über die von der herrschenden Meinung vorgebrachte Begründung des Abtretungsverbots zwar kritisch, kommt aber im Ergebnis ebenfalls zur Nichtabtretbarkeit des Stimmrechts. Er geht dabei davon aus, daß die Mitgliedschaft ein einheitliches, selbständiges Recht sei, das Stimmrecht jedoch lediglich eine "Substanzbefugnis" ³⁾, eine "Nutzungsbefugnis" ⁴⁾. Das rechtsgeschäftliche Herausbrechen von Substanzbefugnissen aus dem subjektiven Recht sei nicht möglich, da dadurch die Rechtssicherheit gefährdet würde, "die auf die Zusammengehörigkeit der Bestandteile eingestellt" sei ⁵⁾.

Der Ausgangspunkt von Wiedemann erscheint jedoch zweifelhaft. Die Mitgliedschaft kann nicht als einheitliches subjektives Recht angesehen werden. Das folgt schon aus der Tatsache, daß die Beteiligung an einer Personengesellschaft auch Pflichten vermittelt. Die Gesellschaftsbeteiligung stellt vielmehr die Rechtsstellung in einem Rechtsverhältnis dar,

1) Siehe S. 74.

2) Wiedemann S.278 ff.

3) Wiedemann S.286

4) Wiedemann S.287

5) Wiedemann S.287

bestehend aus Rechten und Pflichten, die durch Gesetz und Gesellschaftsvertrag näher bestimmt sind ¹⁾. Daß die mit der Beteiligung verbundenen Rechte nicht lediglich Nutzungsbefugnisse eines einheitlichen Rechtes sind, zeigt auch die Vorschrift des § 717 BGB, die von "Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis" spricht und für diese zum Teil (S.2) sogar freie Übertragbarkeit vorsieht. Die Argumentation Wiedemanns baut also auf einer unrichtigen Prämisse auf, ihr kann schon aus diesem Grunde nicht gefolgt werden.

Im Zusammenhang mit dem Problem der Ausübung des Stimmrechts durch Gesellschaftsfremde wird von Wiedemann ²⁾ ferner auf Bedenken wegen der Regelung in § 137 BGB hingewiesen, die einem rechtsgeschäftlichen Verfügungsverbot über ein veräußerliches Recht die dingliche Wirkung versagt. Es ist aber zu beachten, daß Wiedemann zunächst ³⁾ - getreu seinem Ausgangspunkt - die Anwendbarkeit des § 137 BGB im Hinblick auf eine Trennung von Recht (= einheitliches Mitgliedschaftsrecht) und aus diesem Recht "fließender" Befugnis (= Stimmrecht) untersucht. Diese Fragestellung kann sich für uns nicht ergeben ⁴⁾. Die Ausführungen von Erman zum § 137 BGB gehen von der verdrängenden Stimmrechtsvollmacht aus ⁵⁾, also ebenfalls davon, daß ein Recht (hier: das Stimmrecht) nach Substanz und Ausübung verschiedenen Personen zugeteilt ist. Erman lehnt die Anwendbarkeit des § 137 BGB ab, der durch Sondergesichtspunkte des Gesellschaftsrechts ausgeschaltet werde. Daher könne auch

1) Vgl. S. 20 ff.

2) Wiedemann S.283 ff., 291; ebenso Erman in Nipp.-Festschr. S.281 f.

3) Wiedemann S.283 ff.

4) Vgl. S. 95 f. Da sich bei einer Übertragung des Stimmrechts an der Veräußerlichkeit des "Rechts" i.S.v. Wiedemann (=Beteiligung) nichts ändert, sondern dem Rechtsinhaber lediglich eine Verwaltungsbefugnis genommen wird (vgl. Wiedemann S.284 unten und S.287 oben), ist § 137 BGB für Wiedemann auch seiner Zweckrichtung nach nicht einschlägig.

5) Erman in Nipp.-Festschr. S.281 f.

dahingestellt bleiben, ob der § 137 BGB auf die Ausübung von Rechten entsprechend angewendet werden könne.

Die Stimmrechtsabtretung, so wie sie hier zu untersuchen ist, ist jedoch kein Problem des Auseinanderfallens von Rechtsinhaberschaft und Rechtsausübung. Es sollen dem Rechtsinhaber nicht - wie § 137 BGB es speziell für die Verfügungsbefugnis ausspricht - mit diesem Recht wesentlich verbundene Befugnisse mit dinglicher Wirkung entzogen werden. Vielmehr geht es um die Frage der Trennung eines Einzelrechts (Stimmrecht) aus einem Bündel von Rechten und Pflichten (Mitgliedschaft). In dem bisher erwähnten Sinne kann § 137 BGB also hier nicht bedeutsam werden.

Bedenken wegen § 137 BGB können sich jedoch auf anderer Ebene ergeben, nämlich im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis der Gesamthand¹⁾. Führt nicht die Abtretung des Stimmrechts an einen Nichtgesellschafter zu einer dinglichen Verfügungsbeschränkung der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen, die mit § 137 BGB unvereinbar ist²⁾? Wiedemann bejaht das für den Fall der zusätzlichen Erteilung eines Stimmrechts an einen Dritten, eine Situation, in der dieselbe Frage auftaucht. Er zieht

1) Die Überlegungen darüber, ob eine Stimmrechtsabtretung zu einer gemäß § 137 I BGB unzulässigen dinglichen Verfügungsbeschränkung der Gesamthand führen würde, hätten auch im Zusammenhang mit den Erörterungen zum "Wesen der Gesamthandsgemeinschaft" angestellt werden können, denn die Verfügungsbefugnis der Gesamthand ist Folge des Gesamthandprinzips. Die Rechtsprechung (vgl. S. 91 Note 2) stützt sich bei ihrer Argumentation aus dem "Wesen der Gesamthandsgemeinschaft" jedoch nicht auf den Gesichtspunkt des § 137 BGB. Im Urteil des BGH vom 22. 2. 1960 - VII ZR 83/59 - LM Nr. 6 zu § 109 HGB wird im Gegenteil festgestellt, daß die Beschränkung der eigenen Verfügungsbefugnis über das gemeinschaftliche Vermögen durch das Mitspracherecht eines Dritten das Gesamthandprinzip unberührt lasse. Aus diesem Grund soll hier die Problematik des § 137 BGB gesondert erörtert werden.

2) So Wiedemann S. 291.

daraus die Konsequenz, daß das "Stimmrecht" eines Nichtgesellschafters - eben wegen § 137 BGB - keine "dingliche Wirkung" haben könne, daß ein Gesellschafterbeschuß auch ohne die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Mitwirkung des Dritten gültig sei und die Nichtberücksichtigung des Dritten lediglich zu Schadenersatzansprüchen führen könne ¹⁾. Im Grunde lehnt Wiedemann damit die Möglichkeit eines Drittstimmrechts ab. Er befindet sich dabei freilich im Widerspruch zu dem Urteil des BGH vom 22. 2. 1960 - VII ZR 83/59 - ²⁾, in dem die zusätzliche Erteilung eines - bei Stimmengleichheit sogar entscheidenden - Stimmrechts an einen Nichtgesellschafter für zulässig erachtet wird. Daß es sich dabei um ein "echtes" Stimmrecht handelt, das also die Wirksamkeit der Beschlüsse beeinflussen kann, geht aus dieser Entscheidung klar hervor. Allerdings läßt der BGH wohl unbewußt an der Richtigkeit seiner Auffassung Zweifel entstehen, wenn er feststellt, daß die Gesellschafter durch Erteilung des Stimmrechts an einen Dritten "ihre eigene Verfügungsbefugnis über das gemeinschaftliche Vermögen beschränken" ³⁾, und auf die Vereinbarkeit mit § 137 BGB nicht eingeht.

Es ist also zu untersuchen, ob die Einräumung eines "echten" Stimmrechts an einen Dritten mit Einfluß auf die Wirksamkeit der Beschlüsse tatsächlich eine dingliche Einschränkung der Verfügungsbefugnis der Gesellschafter bedeutet und somit gemäß § 137 BGB nicht möglich ist. Ist das der Fall, so scheitert auch die Abtretung des Stimmrechts, die eben die Einräumung eines "echten" Stimmrechts an den Nichtgesellschafter beinhaltet. Wiedemann ⁴⁾ führt folgendes Beispiel an: "Beschießen etwa die Gesellschafter, ein Grundstück zu verkaufen, und veräußern sie es anschließend, so ist dieser Beschluß auch ohne Zustimmung des (stimm-

1) Wiedemann S.291

2) BGH-LM Nr. 6 zu § 109 HGB = JZ 1960, 491 f. m. zust. Anm. von Hueck. Vgl. auch Hueck OHG S. 168 Note 25a.

3) BGH-LM Nr. 6 zu § 109 HGB, Bl. 1230 unten.

4) Wiedemann S.291.

berechtigten) Wirtschaftsprüfers wirksam ...". Es ist indes nicht einzusehen, warum die Gesellschafter die Wirksamkeit ihrer Beschlüsse nicht von der Mitwirkung eines Dritten sollten abhängig machen können ¹⁾. Der Beschluß ist ein gesellschaftsrechtlicher Willensbildungsakt, er betrifft das Innenverhältnis, die ihn betreffenden Rechtsvorschriften sind somit dispositiv (§ 109 HGB) ²⁾.

Durch die maßgebliche Mitwirkung eines Dritten am Beschluß wird nicht die Befugnis der Gesellschafter zur Verfügung über gemeinschaftliches Vermögen mit Wirkung gegenüber Dritten eingeschränkt, es wird nicht mit dinglicher Kraft die Verkehrsfähigkeit veräußerlicher Rechte beschränkt, wie es der § 137 S.1 BGB im Auge hat, sondern es wird lediglich die Entscheidung der Gesellschafter unmittelbar beeinflusst, ob in bestimmter Weise verfügt werden soll oder nicht. Kommt es im genannten Beispiel also zu einem Beschluß ohne die gemäß Gesellschaftsvertrag erforderliche Stimme des Wirtschaftsberaters, so ist dieser Beschluß unwirksam. Wird das Grundstück gleichwohl durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter veräußert, so hat die Unwirksamkeit des Beschlusses auf die Wirksamkeit der Veräußerung keinen Einfluß.

Auch aus § 137 BGB kann also die Unzulässigkeit einer Stimmrechtsübertragung im Bereich der Personalgesellschaften nicht hergeleitet werden.

(e) Die Übertragung des Stimmrechts auf den TG würde an § 138 I BGB scheitern, wenn sie eine "freiwillige Selbstversklavung" ³⁾ des TH-Gesellschafters zur Folge hätte.

1) So in dem Fall, der dem Urteil BGH-LM Nr. 6 zu § 109 HGB (= JZ 1960, 491) zugrunde liegt.

2) Hueck JZ 1960, 492 (Anm. zu obigem Urteil).

3) Vgl. Erman in Nipp. - Festschr. S. 291. Diesen Gedanken erörtern auch Möhring JurJb. 7, 135 und Wiedemann S. 282.

In einem Urteil des BGH vom 12. 7. 1965 - II ZR 118/63 - ¹⁾ wird eine Vereinbarung über die Ausübung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse auf Grund des § 138 I BGB als nichtig angesehen. Die beanstandete Vereinbarung war Teil eines zwischen einem Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern einer OHG geschlossenen Vergleiches zur Beilegung einer Ausschließungsstreitigkeit. Der Gesellschafter verpflichtete sich darin, die Ausübung aller ihm zustehenden Gesellschafterrechte einem sogenannten "Treuhänder" zu übertragen. Nach dem Inhalt des Vergleichs sollte der betreffende Gesellschafter kein entscheidendes Mitwirkungsrecht bei der Bestellung des "Treuhänders" haben. Der "Treuhänder" sollte an Weisungen des betreffenden Gesellschafters nicht gebunden sein. Schließlich war vorgesehen, daß bei Wegfall des "Treuhänders" ein neuer "Treuhänder" auf die gleiche Art, also wiederum ohne Entscheidungsrecht des betroffenen Gesellschafters, bestellt werden sollte. Bei der Heranziehung dieses Falles ist zu beachten, daß hier der "Treuhänder" im Gegensatz zu unseren Untersuchungen nicht selbst Gesellschafter, sondern in Wirklichkeit nur Vertreter ²⁾, besser: Repräsentant ³⁾ eines Gesellschafters, des "Treugebers", ist. Der vom BGH untersuchten Übertragung von Gesellschafterrechten auf den "Treuhänder" (als Nichtgesellschafter) entspricht also in unseren Erörterungen die Abtretung von Gesellschafterrechten an den nicht der Gesellschaft angehörenden TG. Der BGH hat die zu untersuchende Vergleichsregelung zu Recht als sittenwidrig und damit gemäß § 138 I BGB nichtig angesehen. Keine Person kann sich mit Rechtswirksamkeit wirtschaftlich so vollständig selbstentmachen, daß sie auf unbegrenzte Dauer einem Dritten,

1) BGHZ 44,158 = LM Nr. 21 zu § 138 (Bb) BGB m.Anm.Fischer = JZ 1966, 101 m.Anm.Wiedemann.

2) So H.P. Westermann S.227/8 Note 75, vgl. auch S.386 Note 20 und S.395 Note 53, unter Bezugnahme auf die im Text erörterte Entscheidung.

3) So Wiedemann JZ 1966,103 in der Anm. zum erörterten Urteil.

Ob eine solche Regelung nicht auch gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen widerspricht, läßt der BGH (BGHZ 44,162) ausdrücklich offen.

auf dessen Auswahl sie nicht einmal entscheidenden Einfluß hat, eine ihr ganzes Vermögen ergreifende, alleinige Entscheidungsgewalt überträgt. Die Übernahme eines so bedeutenden wirtschaftlichen Risikos (unbeschränkte Haftung des Gesellschafters) ohne jegliche Einflußmöglichkeit des Risikoträgers, unter alleinigem Einfluß eines nicht vom Risikoträger ausgewählten und ohne eigenes Risiko handelnden Dritten kann von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden ¹⁾. Bei dem vom BGH beurteilten Sachverhalt handelt es sich um einen Musterfall eines Knebelungsvertrages ²⁾.

Die Zustimmung zu der vom BGH getroffenen Entscheidung bedeutet aber keineswegs, daß auch die hier in Frage stehende Stimmrechtsübertragung vom TH-Gesellschafter auf den TG als Nichtgesellschafter generell als sittenwidrig und nichtig angesehen wird. Der TG trägt als wirtschaftlich Beteiligter neben dem persönlich haftenden TH-Gesellschafter selbst das Risiko seiner Entscheidungen. Außerdem betreffen die hier angestellten Erörterungen nicht die Übertragung aller Gesellschafterrechte, zudem nicht an eine Person, die dem TH-Gesellschafter von den Mitgesellschaftern aufgezwungen wird.

Abgesehen also von dem der erörterten BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Extremfall, wirft die Untersuchung der Zulässigkeit einer Stimmrechtsübertragung anhand des § 138 I BGB die allgemeinere Frage auf, inwieweit eine Mitgliedschaft ohne Stimmrecht möglich ist.

Der BGH hat in einem Urteil vom 14. 5. 1956 - II ZR 229/54 - ³⁾ den Entzug eines Kommanditistenstimmrechts grundsätzlich für zulässig erachtet ⁴⁾. - Angesichts der im Innenverhältnis geltenden Regelungsfrei-

1) Vgl. Fischer LM Nr.21 zu § 138 (Bb) BGB. Der Entscheidung des BGH zustimmend auch Wiedemann JZ 1966, 103 und H.P. Westermann S.227.

2) Vgl. auch Fischer LM Nr.21 zu § 138 (Bb) BGB.

3) BGHZ 20, 363(368).

4) Die Zulässigkeit des Ausschlusses des persönlich haftenden Gesellschafters vom Stimmrecht ist dahingestellt geblieben.

heit (§§ 109, 163 HGB) ist das mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum ¹⁾ auch für das Stimmrecht des persönlich haftenden Gesellschafters anzunehmen. - Der Stimmrechtsentzug soll aber keine Wirkung haben für einen gewissen unverzichtbaren Kernbereich. Diese Grenzziehung wird vom BGH begründet mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß eine "sachlich unbegrenzte Einschränkung der wirtschaftlichen und damit auch persönlichen Freiheit des Einzelnen nicht gebilligt werden" könne ²⁾. Dieser unentziehbare Kernbereich des Stimmrechts wird vom BGH allerdings zu weit ausgedehnt, wenn er ihn auf alle Beschlüsse erstreckt, die irgendwie in die Rechtsstellung des Kommanditisten eingreifen ³⁾. Würde der Selbstschutzgedanke so großzügig angewendet, so müßte man konsequenterweise auch die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen, sofern sie die Rechtsstellung eines Gesellschafters berühren, verneinen, obwohl die Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag solchen Mehrheitsbeschlüssen unterworfen haben ⁴⁾. Das wäre aber mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht mehr zu vereinbaren. Die Anwendung des § 138 BGB zum Zwecke des Schutzes eines Gesellschafters vor rechtlicher und wirtschaftlicher Selbstentmachtung muß angesichts der im Innenverhältnis der Gesellschafter geltenden Vertragsfreiheit auf wirklich krasse Einzelfälle beschränkt werden, d. h. es muß im konkreten Falle geprüft werden, ob die Beschlußfassung ohne Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters noch mit den guten Sitten zu vereinbaren ist ⁵⁾. Die Zulässigkeit des Stimmrechtsausschlusses findet also dort ihre Grenze, wo der Ausschluß

1) Hueck OHG S. 169, Weipert § 119 Anm. 13, Baumb.-Duden § 119 Anm. 2D; a. A. Schlegelb.-Geßler § 119 Anm. 1.

2) BGHZ 20, 369

3) BGHZ 20, 370, vgl. auch Baumb.-Duden § 119 Anm. 2 D und Möhring JurJb 7, 137. Westermann-Hdb. spricht unter Rdz. I 323 (§ 29 I 2 b cc) von Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Festlegung des Kernbereichs.

4) Erman in Nipp.-Festschr. S. 290 f.

5) Wiedemann S. 282, Hueck OHG S. 169; ausführlich: Erman in Nipp.-Festschr. S. 290.

zu einer unzulässigen Abhängigkeit eines Gesellschafters von der Willkür der anderen führt ¹⁾.

Während man nun beim Ausschluß eines Gesellschafters vom Stimmrecht die "Klippe" des § 138 BGB damit überwinden kann, daß man von einem unentziehbaren, beim Gesellschafter verbleibenden Restbestand seines Stimmrechts ausgeht, bereitet diese Formel Schwierigkeiten im Falle der Übertragung des Stimmrechts auf einen Dritten. Kann man von einer "Übertragung" des Stimmrechts noch sprechen, wenn dem Übertragenden ein "Kernbereich" des zu übertragenden Rechtes verbleiben soll ?

Hiermit kommen wir zu dem entscheidenden Argument gegen die Abtretbarkeit des Stimmrechts. Die Übertragung eines Rechts bedeutet Wechsel des Rechtsinhabers, setzt aber dabei die Identität des Übertragungsobjektes voraus, mit anderen Worten: Das Recht des Erwerbenden ist identisch mit dem bisherigen Recht des Übertragenden, es hat den gleichen Inhalt (vgl. §§ 399, 1. Alt., 413 BGB) ²⁾.

Für die Möglichkeit der Stimmrechtsübertragung auf einen Nichtgesellschafter wäre also erforderlich, daß der Zuordnungswechsel des Stimmrechts überhaupt ohne inhaltliche Veränderung vor sich gehen kann. Das aber scheitert schon an der Unverzichtbarkeit und damit Unübertragbarkeit des oben erwähnten "Kernbereichs" des gesellschaftsrechtlichen Stimmrechts. Wenn in manchen, in die Rechtsstellung des übertragenden Gesellschafters besonders stark eingreifenden Beschlüssen weiterhin dieser Gesellschafter und nicht der Stimmrechtserwerber stimmberechtigt ist, so zeigt sich darin, daß der Erwerber eben nicht dasselbe Stimmrecht erlangen konnte, das dem Gesellschafter zustand. Das von einem Dritten ausgeübte Stimmrecht unterscheidet sich ferner von dem gesellschaftsrechtlichen Stimmrecht dadurch, daß seine Ausübung nicht an die Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht gebunden ist ³⁾.

1) Hueck OHG S. 169; die gleiche Einschränkung wird gemacht für die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen (RGZ 91, 168, 163, 391, Weipert § 119 Anm. 10). Vgl. hierzu auch Spengler in Möhring-Festschr. S. 165 ff. Für den Fall der unwiderruflichen privativen Stimmrechtsvollmacht vgl. H. P. Westermann S. 432.

2) von Tuhr, S. 219

3) Vgl. auch Teichmann NJW 1966, 2336 ff. (2338).

Andererseits unterliegt das dem Nichtgesellschafter zustehende Stimmrecht immer der Beschränkung, daß es ihm von den Gesellschaftern aus "wichtigem Grund" entzogen werden kann¹⁾. Das ergibt sich aus dem Grundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse bei Wegfall der erforderlichen Vertrauensgrundlage auflösbar sein müssen. Im Gegensatz zum Gesellschafterstimmrecht kann dieses Drittstimmrecht auch ohne die Ausklammerung eines "Kernbereichs" entzogen werden. Der Gesichtspunkt der unzulässigen Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit kann bei dem der gesellschaftlichen Bindung nicht unterliegenden Dritten keine Rolle spielen.

Das Stimmrecht eines Nichtgesellschafters ist somit infolge der fehlenden Verbindung mit der Mitgliedschaft nicht identisch mit einem gesellschafterlichen Stimmrecht. Da also ein Gesellschafterstimmrecht sich seinem Inhalt nach wesentlich von einem Drittstimmrecht unterscheidet, kann der Dritte das Stimmrecht nicht im Wege der Übertragung, des derivativen Rechtserwerbs, von einem Gesellschafter erlangen²⁾.

(3) Dagegen ergeben sich gegen die Erteilung eines zusätzlichen Stimmrechts an einen Nichtgesellschafter unter Berücksichtigung der Entziehbarkeit aus "wichtigem Grund" nach vorstehenden Erörterungen keine Bedenken³⁾. Nach § 109 (§ 163) HGB können die Gesellschafter die Art und Weise der Beschlußfassung abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen regeln. Das Stimmrecht des Dritten kann - wie oben dargelegt⁴⁾ - die

1) Hueck JZ 1960, 492 (Anm. zum BGH-Urteil vom 22. 2. 1960).

2) Hueck JZ 1962, 362 begründet mit eben diesem Argument die Nichtübertragbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführungsrechts. Erman-Westermann § 399 Anm. 7 und Löscher-RGRK zum BGB § 399 Anm. 7 führen die gesellschafterlichen Verwaltungsrechte als Beispiel für den Ausschluß der Abtretbarkeit wegen Inhaltsveränderung (§§ 399, 1. Alt., 413 BGB) an.

3) BGH-JZ 1960, 490 (= LM Nr. 6 zu § 109 HGB), Westermann-Hdb. Rdz. I 323, § 29 I 2 b cc, a.A.: H. J. Wolff S. 76 ff.

4) Siehe S. 97 ff.

Wirksamkeit des Beschlusses unmittelbar berühren, § 137 BGB steht nicht entgegen ¹⁾.

Als Ergebnis ist daher insoweit festzuhalten: Der außerhalb der Gesellschaft stehende TG kann, falls die Gesellschafter damit einverstanden sind, durch ein ihm zusätzlich verliehenes Stimmrecht unmittelbaren Einfluß auf die Gesellschaft ausüben. Ein gleichzeitiger Ausschluß des aus der Mitgliedschaft entspringenden Stimmrechts des TH-Gesellschafters ist allenfalls bis zur Grenze eines unverzichtbaren "Restbestandes" möglich.

(4) Dem TG können durch Vereinbarung mit den Gesellschaftern unmittelbare Einsichts- und Kontrollrechte in der Gesellschaft eingeräumt werden ²⁾. Zwar haben die Mitglieder einer Personalgesellschaft in der Regel ein Interesse daran, Nichtgesellschaftern den Einblick in die Geschäfte der Gesellschaft zu verwehren. Nichts aber hindert sie daran, dieses Geheimhaltungsinteresse hintanzustellen, falls sie das für zweckmäßig halten. Die Billigung einer "offen" treuhänderischen Beteiligung durch die Mitgesellschafter bedeutet jedoch allein noch kein stillschweigendes Einverständnis damit, daß der TG unmittelbar Kontrollrechte in der Gesellschaft ausüben kann. Aus der Zustimmung der Mitgesellschafter zur Treuhandbindung eines Gesellschafters kann allenfalls auf eine Lockerung der Verschwiegenheitspflicht des Gesellschafters geschlossen werden, soweit es sich um Auskünfte an den TG handelt. In Frage kommen hier vor allem die für den wirtschaftlich beteiligten TG besonders wertvollen Auskünfte über Gewinne und Verluste der Gesellschaft. Zur Begründung eines eigenen Informations- und Kontrollrechts des TG gegenüber der Gesellschaft bedarf es indessen auch bei einem "offenen" Treuhandverhältnis einer besonderen Vereinbarung mit der Gesellschaft. Das dem TG durch entsprechen-

1) A.A.: Wiedemann S.291

2) BGHZ 10, 44 (48 ff.) = NJW 1953, 1548(1549), Fischer RGRK-HGB § 105 Anm. 28 b, Schlegelb.-Geßler § 161 Anm. 32, Dür.-Hach.-Geiler Allg. Einl. Anm. 36 b, Dür.-Hach.-Flechtheim § 164 Anm. 9

den Vertrag eingeräumte Kontrollrecht ist kein gesellschaftliches Kontrollrecht¹⁾. Es entspricht daher seinem Umfange nach nicht ohne weiteres den §§ 118 I, 166 I und II HGB, vielmehr bestimmt sich sein Inhalt allein nach der mit der Gesellschaft getroffenen Regelung. So kann etwa das Prüfungsrecht von vornherein auf bestimmte Termine oder bestimmte Angelegenheiten begrenzt oder beispielsweise auf Bilanzsicht beschränkt sein. Es kann andererseits über das Kontrollrecht des Gesellschafters hinausgehen und etwa einen Anspruch gegen die geschäftsführenden Gesellschafter auf besondere Rechnungslegung (§ 259 BGB) umfassen²⁾. Zwar kann auch das Kontrollrecht eines Gesellschafters durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen³⁾ abgeändert oder ausgeschlossen werden, hierbei ist jedoch immer die Grenze der §§ 118 II, 166 III HGB zu beachten. Diese Einschränkung gilt nicht für das dem außenstehenden TG eingeräumte Prüfungsrecht. Es muß zumindest aus "wichtigem Grund" immer völlig entziehbar sein⁴⁾. Ein "wichtiger Grund" liegt etwa dann vor, wenn der TG die erhaltenen Informationen zu Wettbewerbszwecken benutzt. Der TG unterliegt als Nichtgesellschafter zwar nicht der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die es den Gesellschaftern unter anderem verbietet, ihr Informationsrecht zum Zwecke der Gesellschaftsschädigung auszuüben⁵⁾. Ein solcher Mißbrauch des Auskunfts- und Kontrollrechts durch den TG wäre aber ein Verstoß gegen die Kontrollrechtsvereinbarung mit der Gesellschaft. Auch wenn eine ausdrückliche Regelung

1) Vgl. z.B. Fischer RGRK-HGB § 109 Anm.18.

2) Das Kontrollrecht gemäß § 118 HGB umfaßt einen solchen Anspruch grundsätzlich nicht, vgl. Hueck OHG S. 190.

3) Also nicht durch schlichten Mehrheitsbeschluß, falls nicht der Gesellschaftsvertrag dies ausdrücklich zuläßt, vgl. Hueck OHG S.189 f., Weipert § 118 Anm.14 u. 15, Dür.-Hach.-Flechtheim § 118 Anm.2, Schlegelb.-Geßler § 118 Anm.8.

4) Wiedemann S.292; BGH-JZ 1960, 491 m. Anm. Hueck und Hueck OHG S. 168 Note 25 a zum Drittstimmrecht.

5) Das Kontrollrecht des Gesellschafters dient der Wahrung seiner Interessen gegenüber der Gesellschaft und darf nicht Instrument zur bewußten Schädigung der Gesellschaft werden (RGZ 148, S.280, Hueck OHG S.188, Weipert § 118 Anm.5, Fischer NJW 1954, S.779).

hierüber nicht getroffen worden ist, so muß man diese Vereinbarung doch dahin auslegen, daß der TG ebenso wie ein Gesellschafter zur Verschwiegenheit Dritten gegenüber verpflichtet ist und auch sonst die erhaltenen Informationen nicht zum offensichtlichen Schaden der Gesellschaft ausnützen darf (vgl. auch § 242 BGB).

(5) Es ist weiter an die Betrauung des TG mit der Geschäftsführung für die Gesellschaft zu denken. Ebensowenig wie das Gesellschafterstimmrecht ¹⁾ kann der TG das mitgliedschaftliche Geschäftsführungsrecht "derivativ" durch Abtretung von seiten des TH-Gesellschafters erwerben. In Frage kommt aber die Einräumung eines eigenen, "originären" Geschäftsführungsrechts an den TG als Nichtgesellschafter durch die Gesellschaft ²⁾. Eine solche Vereinbarung, die zu einer sogenannten "Fremd- oder Drittorganschaft" führen würde, könnte aber an dem für die Personalgesellschaft typischen Grundsatz der Selbstorganschaft scheitern ³⁾. Die Zulässigkeit der Einsetzung von Drittorganen in der Personalgesellschaft hängt davon ab, ob es sich bei der Selbstorganschaft um ein "zwingendes Strukturelement" oder lediglich um ein "Typmerkmal der Personalgesellschaft" handelt ⁴⁾, ob eine Drittorganschaft unumstößlichen Rechtsgrundsätzen oder nur dem vom Gesetzgeber entwickelten

1) Siehe S. 103 f.

2) Vgl. BGHZ 36,292 = JZ 1962,362 mit zust. Anm. von Hueck, Hueck OHG S.119 Note 10, Buchwald DB 1957,109, Westermann-Hdb. Rdz. I 189, Baumb.-Duden § 114 Anm. 3B.

3) Die Problematik der Drittorganschaft wird meistens im Zusammenhang mit der Frage behandelt, ob alle Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden können (z.B. BGHZ 26,333, Schlegelb.-Geßler § 114 Anm. 6, Wiedemann S.372, Schopp RpfL. 1963,188, Müller NJW 1955,1909). Sie taucht aber auch dann auf, wenn der Nichtgesellschafter nicht ausschließlich, sondern neben bestimmten Gesellschaftern die Gesellschaft verwalten soll (vgl. H.P. Westermann S.387 f.). Siehe weiter zum Problem der Drittorganschaft hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnis: OGHZ 4,241 ff., BGHZ 33,105 ff., BGH-JZ 1962,362 m. Anm. Hueck, Weipert § 114 Anm.9, Dür.-Hach.-Flechtheim § 114 Anm.4, ./.

"Leitbild" der Personalhandelsgesellschaft widersprechen würde ¹⁾.

Die hierzu von Reinhardt ²⁾ und kürzlich von H.P. Westermann ³⁾ vorgetragenen Gedanken überzeugen. Die Verwaltung der Gesellschaft durch Gesellschaftsfremde ist bereits in dem Augenblick ermöglicht worden, in dem man die Beteiligung juristischer Personen an einer OHG oder KG als zulässig ansah. So kann etwa bei einer GmbH & Co. KG die (organschaftliche) Geschäftsführung und Vertretung in der KG einer Person obliegen, die als Geschäftsführer der GmbH weder der KG noch der GmbH (vgl. § 6 II S. 1 GmbHG) angehört ⁴⁾. Es zeigt sich also, daß bei atypischen Gesellschaftsformen der Grundsatz der Selbstorganschaft, d.h. der Geschäftsführung und Vertretung nur durch Gesellschafter, praktisch durchbrochen wird. Das Bedürfnis nach zweckentsprechenden Gestaltungen des Gesellschaftsverhältnisses rechtfertigt die Anerkennung solcher vom Normalbild abweichenden Formen. Auch in der Vorschrift des § 146 HGB sowie in der von der Rechtsprechung zugelassenen Einsetzung eines Drittorgans für die Dauer eines Ausschließungsprozesses ⁵⁾ zeigt sich, daß der Grundsatz der Selbstorganschaft nicht zwingendes "Wesensmerkmal" einer Personalhandelsgesellschaft sein kann, sondern lediglich auf einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Wertung typischer

Fortsetzung von Seite 107 Note 3:

... Hueck OHG S. 119 f. u. Note 10, Buchwald DB 1957, 109, Fischer NJW 1959, 1057(1061), Reinhardt ZBJV 103, 351 ff., U. Huber S. 35 f., H.P. Westermann S. 328 ff., 443 ff.

4) H.P. Westermann S. 329

1) Reinhardt ZBJV 103, 352

2) Reinhardt ZBJV 103, 348 ff.

3) H.P. Westermann S. 328 ff., 443 ff.

4) Vgl. Reinhardt ZBJV 103, 354.

5) BGHZ 33, 105(109)

Interessenlagen bei der werbenden Gesellschaft beruht ¹⁾. Wenn die Gesellschafter es für richtig halten, die Führung der Gesellschaft in die Hand eines Gesellschaftsfremden zu legen, bei dem das Risiko der persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern als Machtkontrolle fehlt, so werden sie ihre Gründe dafür haben. Zur Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter gehört auch die Freiheit, die Entscheidungszuständigkeit Dritten einzuräumen ²⁾.

Allerdings ist zu beachten, daß ein "Kernbereich" der gesellschaftlichen Freiheit unantastbar ist ³⁾. Umfang und Widerruflichkeit der Entscheidungskompetenzen des Dritten werden in aller Regel zwischen der Gesellschaft und dem Drittorgan vertraglich den jeweiligen Interessen entsprechend festgelegt sein ⁴⁾. Allgemein bleibt zu sagen, daß dem Drittorgan als Nicht-gesellschafter ein Einfluß auf den Gesellschaftsvertrag versagt bleibt und daß seine Abberufung zumindest aus "wichtigem Grund" immer möglich sein muß ⁵⁾. Für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis aus "wichtigem Grund" gilt infolge der fehlenden Gesellschaftereigenschaft des Drittorgans nicht § 117 HGB. Das in dieser Bestimmung für den gesellschaftlichen Geschäftsführer vorgesehene Entziehungsverfahren kann

- 1) Der BGH (BGHZ 33, 109) sieht hinsichtlich der Vertretungsmacht den Grundsatz der Selbstorganschaft zwar ebenfalls als auf die werbende Gesellschaft beschränkt, in diesem Bereich aber als zwingend an, wenn er ausführt: Die Regelung des § 146 II HGB "zeigt, daß der Grundsatz der gesetzlichen (organschaftlichen) Vertretung der Gesellschaft nur durch Gesellschafter nicht um seiner selbst willen gilt, sondern nur der rechtlich adäquate Ausdruck für die Auffassung ist, daß in einer werbenden Gesellschaft mit den gleichgerichteten Interessen der Gesellschafter das Recht der Selbstbestimmung den Gesellschaftern allein zustehen soll und zustehen kann".
- 2) Vgl. auch den Rechtsgedanken, der aus § 317 BGB ersichtlich wird, Siehe im übrigen die Ausführungen zur Stimmrechtsbindung (S. 63 ff.) sowie zur "Abspaltung" des Stimmrechts (S. 91 ff.).
- 3) Reinhardt ZBJV 103, 352 ff. (355), H. P. Westermann S. 342, 448 ff. Vgl. auch im Text S. 102.
- 4) Reinhardt ZBJV 103, 353
- 5) H. P. Westermann S. 449, Reinhardt ZBJV 103, 353

jedoch vertraglich auch für die Abberufung des Drittorgans vorgesehen werden ¹⁾.

Der TG kann also, obwohl er Nichtgesellschafter ist, als Geschäftsführer der Gesellschaft eingesetzt werden. Es sei nochmals betont, daß er dadurch ein eigenes, neu entstehendes Geschäftsführungsrecht in der Gesellschaft erhält, nicht etwa ein im Wege der Abtretung seitens eines Gesellschafters "derivativ" auf ihn übergegangenes mitgliedschaftliches (d.h. den §§ 116, 117 HGB, 708 BGB ohne weiteres unterliegendes) Geschäftsführungsrecht ²⁾.

E) Die Begründung eines Treuhandverhältnisses bei einer Personengesellschaft ohne Gesellschafterstellung des TH

Die bisherigen Erörterungen gehen davon aus, daß die Gesellschafterstellung vom Vertrauensmann, dem TH, eingenommen wird. Dieser Ausgangspunkt war zweckentsprechend für die Treuhandverhältnisse mit Verbergungs- ³⁾, Kreditverschaffungs- ⁴⁾, Umgehungs- ⁵⁾ und Vereinfachungsfunktion ⁶⁾. Die Beispielsfälle 5 (Fürsorgefunktion) ⁷⁾ und 6 (Sicherungsfunktion) ⁸⁾ zeigen jedoch Situationen, in denen die Übernahme der Gesellschafterstellung durch den TH nicht erwünscht ist.

1) H.P. Westermann S.449

2) Reinhardt ZBJV 103,351, Hueck JZ 1962,362 f., H.P. Westermann S.387

3) Vgl. Beispielsfall 2, S.6.

4) Vgl. Beispielsfall 3, S.7.

5) Vgl. Beispielsfall 4, S.8.

6) Vgl. Beispielsfall 1, S.3.

7) S.S. 10.

8) S.S. 11.

I. "Ermächtigung" des TH zur Ausübung der Gesellschafterstellung

Nach der getroffenen thematischen Beschränkung auf "eigentliche" Treuhandverhältnisse ¹⁾, also auf fiduziarische Rechtsverhältnisse, kann Gegenstand der Untersuchungen in diesem Kapitel nicht die Frage sein, inwieweit eine Ermächtigung zur Ausübung der gesamten Gesellschafterstellung oder auch einzelner Gesellschafterrechte zulässig ist.

Außerhalb unserer Betrachtungen bleibt also z.B. der in der Praxis nicht selten auftauchende Fall, daß der Erbe eines Gesellschafters nur unter der Voraussetzung in die Gesellschaft aufgenommen wird, daß er sich mit der Ausübung seiner Gesellschafterrechte durch einen von den Mitgesellschaftern ausgesuchten Ermächtigten einverstanden erklärt. Inwieweit eine derart weitgehende Ermächtigung im Recht der Personalgesellschaften zulässig ist, kann hier daher dahingestellt bleiben.

II. Fiduziarische Inhaberschaft einzelner Gesellschafterrechte

Treuhandverhältnis bei der Personalgesellschaft ohne Gesellschaftereigenschaft des TH kann - ausgehend von dem hier zugrunde gelegten Treuhandbegriff - nur bedeuten: fiduziarische Inhaberschaft einzelner Gesellschafterrechte.

1. Vermögensrechtliche Ansprüche

Hinsichtlich der in § 717 S.2 BGB genannten Ansprüche auf den Gewinnanteil und den Auseinandersetzungsanteil sowie der bereits vor Auseinandersetzung realisierbaren Ansprüche aus Geschäftsführung bereitet die fiduziarische Übertragung vom Gesellschafter auf einen TH keine Schwierigkeiten. Ein solches Treuhandverhältnis wird in der Regel zur Sicherung des TH dienen: Die X-Bank gewährt dem Gesellschafter A ein Darlehen und läßt sich zur Sicherheit dessen vermögensrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschaft übertragen ²⁾. Der Gesellschafter ist zur - auch fiduziarischen - Übertragung dieser Rechte auf einen Nichtgesellschafter gemäß

1) Siehe S. 13 ff. (16),

2) Vgl. Beispielsfall 6, S.11.

§ 717 S. 2 BGB (§§ 105 II, 161 II HGB) ohne Zustimmung der Mitgesellschafter berechtigt.

Allerdings erlangt der TH durch den Erwerb dieser Ansprüche weder das Recht, am Gewinnfeststellungs- und -verteilungsbeschluß teilzunehmen, noch die Befugnis, bei Fälligkeit seiner gesicherten Forderung gegen den übertragenden Gesellschafter die Gesellschaft zu kündigen, um den Auseinandersetzungsanspruch realisieren zu können. Bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft hat er kein Mitwirkungsrecht. Alle diese Befugnisse verbleiben beim übertragenden Gesellschafter, an ihn muß der Sicherungsnehmer (TH) sich halten ¹⁾.

2. Mitverwaltungsrechte

Um über das Schicksal der ihm zur Sicherheit übertragenen Ansprüche mitbestimmen zu können, wäre eine Übertragung auch von Mitverwaltungsrechten, insbesondere des Stimmrechts, für den TH von Interesse. Wie aber im einzelnen ausgeführt worden ist, ist die Übertragung einzelner mitgliedschaftlicher Verwaltungsrechte von einem Gesellschafter auf ein Nichtmitglied nicht möglich ²⁾.

Dem Treuhänder kann indes bei Einverständnis der Gesellschafter ein (zusätzliches) Drittstimmrecht in der Gesellschaft erteilt werden ³⁾, er kann von den Gesellschaftern auch mit einem - nicht mitgliedschaftlichen - Geschäftsführungsrecht betraut werden ⁴⁾.

Auch die im Beispielsfall 5 ⁵⁾ dargelegten Ziele der Beteiligten - der Sohn soll Gesellschafter, der geschäftserfahrene Vater aber weiterhin für den Sohn Inhaber der Verwaltungsrechte sein - lassen sich nicht durch eine, wenn auch nur treuhänderische, Übertragung der mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte vom Sohn auf den Vater lösen. Dem Vater können zwar

1) RGZ 90, 20 ff., Soergel-Schultze v. Lasaulx § 717 Anm. 10,
Westermann-Hdb. Rdz. I 326, Dür.-Hach.-Geiler Allg. Einl. Anm. 33

2) Vgl. S. 91 ff. (103 f.)

3) Vgl. S. 104 f.

4) Vgl. S. 107 ff.

5) Siehe S. 10.

von den Gesellschaftern solche Rechte in der Gesellschaft erteilt werden, die er dann zum Wohle seines Sohnes ausübt. Diese Rechte sind aber nicht auf ihn übergegangene Mitgliedschaftsrechte seines Sohnes.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß eine "isolierte" (d.h. ohne gleichzeitigen Gesellschafterwechsel vorgenommene) treuhänderische Übertragung zwar der gesellschaftlichen Vermögensrechte, nicht aber der Verwaltungsrechte möglich ist.

F) Wechsel der an dem Treuhandverhältnis Beteiligten

I. Die Übertragung der Stellung des TH-Gesellschafters

Aus vielerlei Gründen kann im Rahmen von Treuhandverhältnissen bei einer Personalgesellschaft das Bedürfnis entstehen, den treuhänderischen Verwalter der Gesellschafterstellung abzulösen. Man denke etwa an das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze, an das Auftreten von Differenzen zwischen TH und TG oder TH und Mitgesellschaftern.

1. "Doppelte Vertragsübernahme"

Bei der Beurteilung dieses Vorganges eines TH-Wechsels ist zu beachten, daß dadurch entsprechend der Rechtsstellung des TH-Gesellschafters zwei Rechtsverhältnisse berührt werden: zum einen ergibt sich ein Partnerwechsel bezüglich des Treuhandvertrages, zum andern kommt es zu einer Änderung im Gesellschafterbestand der OHG oder KG. In beiderlei Hinsicht handelt es sich nicht lediglich um eine Übertragung von einzelnen Rechten (§§ 398, 413 BGB) oder Verbindlichkeiten (§§ 414, 415 BGB), sondern um den Übergang einer gesamten Vertragspartnerstellung mit allen sich daraus ergebenden Haupt- und Nebenrechten und -pflichten. Der Wechsel in der Person des TH-Gesellschafters bewirkt also eine "doppelte Vertrags-

übernahme" ¹⁾.

2. Zustimmungserfordernisse

Die Vertragsübernahme unter völligem Ausscheiden eines bisherigen Partners bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des auf der anderen Seite verbleibenden Partners. Denn niemand braucht sich gegen seinen Willen einen neuen Vertragspartner aufdrängen zu lassen. Die Zustimmungspflicht ergibt sich auch schon daraus, daß in der Vertragsübernahme regelmäßig - so auch hier - eine befreiende Schuldübernahme i.S. der §§ 414, 415 BGB enthalten ist ²⁾.

Das bedeutet für das Rechtsverhältnis zwischen TH und TG:

Der TH kann sich in seiner Funktion nicht ohne Zustimmung des TG von einer anderen Person ablösen lassen, es sei denn, der TG habe ihm das - entgegen den Auslegungsregeln der §§ 613 S.1, 664 I S.1 BGB - ausdrücklich gestattet.

Hinsichtlich des gleichzeitig betroffenen Gesellschaftsverhältnisses ergibt sich folgendes: Sieht der Gesellschaftsvertrag die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft vor, so bedarf der Wechsel in der Person des TH-Gesellschafters nicht der Zustimmung der Mitgesellschafter. Eine solche gesellschaftsvertragliche Vereinbarung kann auch begrenzt sein auf die "Übertragung der Beteiligung" an einen Mitgesellschafter ³⁾. In diesem Fall entfällt das Zustimmungserfordernis nur, falls der Nachfolger des TH-Gesellschafters auch bisher schon Gesellschafter war.

Grundsätzlich aber bedarf - in Ermangelung abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelungen - die Übertragung der treuhänderischen Mitgliedschaft als echte Form des Gesellschafterwechsels der Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter. Daran kann die Tatsache, daß als wirtschaft-

1) Zur rechtlichen Qualifikation der Vertragsübernahme vgl. S. 27 ff..

Hierzu eingehend: Pieper S.160 ff., 184 ff., außerdem Larenz Schuldr. I S. 421 ff., Esser I S. 423 ff.

2) Enn. - Lehmann S. 351

3) Vgl. hierzu S. 44.

lich Beteiligter unverändert der TG anzusehen ist, nichts ändern.

Handelt es sich um ein "offenes" Treuhandverhältnis, so ist die Einräumung eines sogenannten "Auswechslungsrechts" an den TG denkbar ¹⁾. Unter einer solchen Vereinbarung kann eine gesellschaftsvertragliche Regelung zu verstehen sein mit dem Inhalt, daß die Übertragung der Mitgliedschaft des TH an eine vom TG zu bestimmende Person ohne Zustimmung der Mitgesellschafter wirksam sein soll. Formal gesehen wird hier also nicht dem TG, sondern dem TH eine besondere Befugnis erteilt (nämlich zur zustimmungsfreien Übertragung seiner Beteiligung), diese Befugnis allerdings eingeschränkt auf Fälle, in denen der TH entsprechend den Weisungen seines TG verfährt. Liegen gegen die Person des in Aussicht genommenen Nachfolgers Gründe vor, die seine Ausschließung rechtfertigen würden, so ist eine solche Übertragung durch die entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag nicht mehr gedeckt ²⁾. Das "Auswechslungsrecht" kann jedoch auch bedeuten, daß dem TG lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die Gesellschafter auf Zustimmung zur Übertragung der treuhänderischen Mitgliedschaft des Anteilsverwalterseingräumt wird ³⁾. Die eben genannte Einschränkung gilt dann hier entsprechend. Welche Art des "Auswechslungsrechts" vereinbart ist, hängt vom Einzelfall ab und ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

Da es sich bei der Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung nach heute herrschender Meinung ⁴⁾ um eine Form der Rechtsnachfolge in die Stellung als Partner des Gesellschaftsvertrags handelt, erhält der neue TH-Gesellschafter im gesellschaftlichen Bereich grundsätzlich die gleiche Stellung wie sein Vorgänger. Waren dem Ausscheidenden allerdings gewisse Vor-

1) Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 d.

2) Vgl. Wiedemann S. 63, Hueck OHG S. 397.

3) Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 d.

4) Vgl. S. 29ff. und die dort angegebene Lit. und Rspr.

rechte in der Gesellschaft gerade auf Grund besonderer persönlicher Eigenschaften oder Fähigkeiten eingeräumt worden, so gehen sie im Zweifel nicht auf seinen Nachfolger mit über ¹⁾.

II. Die Übertragung der Stellung des TG

Im Gegensatz zum TH-Gesellschafter steht der TG außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses. Er hat, von besonderen Vereinbarungen abgesehen, vertragliche Beziehungen nur zu seinem TH, nicht aber zu dessen Mitgesellschaftern. Will er seine Auftraggeberstellung und damit seine wirtschaftliche Beteiligung an einen Nachfolger übertragen, so bedarf er dazu mangels abweichender Regelungen im Treuhandvertrag jedenfalls der Zustimmung des TH (§§ 613 S.2, 664 II BGB) ²⁾.

Größere Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob die Übertragung der TG-Stellung als gleichsam "wirtschaftliche" Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung etwa auch das Einverständnis der Gesellschafter erfordert. Es tritt durch den Wechsel in der Person des TG zwar keine Änderung im Gesellschafterbestand ein, immerhin gewinnt aber eine neue Person über den TH-Gesellschafter gewisse Einflußmöglichkeiten auf die Gesellschaft. Das Reichsgericht hatte sich in einem Urteil vom 23. 12. 1938 - II 102/38 - ³⁾ mit dieser Problematik auseinanderzusetzen. Allerdings ging es in dieser Entscheidung um die Übertragung der wirtschaftlichen Beteiligung nicht an einer Personalgesellschaft, sondern an einer GmbH, bei der die Abtretung der Geschäftsanteile gemäß § 15 V GmbHG von der Genehmigung der Gesellschafter abhängig gemacht worden war. Vereinbaren die Gesellschafter einer GmbH die Zustimmungsbedürftigkeit der Anteilsübertragung, so schaffen sie damit eine in dieser Hinsicht mit

1) Würdinger S.69, Hueck OHG S. 398 f.

2) Das scheint Bott S.104 zu übersehen.

3) RGZ 159, 272(282)

der Lage bei den Personalgesellschaften vergleichbare Situation. Man kann also, zumal für den Bereich von OHG und KG zu dieser Frage kaum Stellungnahmen ersichtlich sind, auch auf die zum GmbH-Recht geäußerten Argumente zurückgreifen.

Das Reichsgericht ¹⁾ hat ausgeführt, man könne dem Zweck des § 15 V GmbHG nur gerecht werden, wenn man die vereinbarte Genehmigungsbedürftigkeit auch auf die Übertragung der TG-Rechte erstrecke. Der TG sei in der Lage, ebenso wie ein neuer Gesellschafter Einfluß auf die GmbH zu nehmen und die Eintracht unter den Gesellschaftern zu stören. Würde man hier anstelle wirtschaftlicher nur formalrechtliche Gesichtspunkte ausschlaggebend sein lassen, so wäre damit einer Umgehung des Zweckes von § 15 V GmbHG Tür und Tor geöffnet. Dieser Argumentation hat sich das Schrifttum zum überwiegenden Teil angeschlossen ²⁾.

Die vorgetragene Ansicht hält jedoch einer näheren Überprüfung nicht stand. Auszugehen ist zunächst von der Tatsache, daß es sich bei der Übertragung der TG-Stellung auf einen Dritten nicht um einen Gesellschafterwechsel handelt. Die für die Übertragung der Mitgliedschaft in Personalgesellschaften geltende Regelung, also insbesondere die grundsätzliche Zustimmungsbedürftigkeit, kann also zumindest unmittelbar nicht angewandt werden. Man darf allerdings, das ist einzuräumen, bei dieser formalen Betrachtungsweise nicht stehenbleiben. Vielmehr ist zu fragen, ob die Stellung des TG etwa derjenigen eines Gesellschafters so nahe kommt, daß eine entsprechende Anwendung der für den Gesellschafterwechsel geltenden Grundsätze gerechtfertigt erscheint. Hierbei kann weniger die Tatsache eine Rolle spielen, daß der TG vermögensmäßig der eigentliche Beteiligte ist - das ergibt sich schon aus der freien Übertragbarkeit vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis nach § 717 S. 2 BGB -, als vielmehr die Frage, inwieweit der TG

1) RGZ 159, 282

2) Für die GmbH: Hachenburg-Schilling § 15 Anm. 5la, Baumbach-Hueck § 15 Anm. 5A, Koll WPg. 1963, 343 f., Däubler GmbH-Rdsch. 1966, 246. Für die Personalgesellschaft: Janberg DB 1953, 77, H. J. Wolff S. 85 ff.

Einfluß in der Gesellschaft ausüben kann. Der Einfluß des TG beschränkt sich grundsätzlich auf eine nur mittelbare Einwirkung auf dem Weg über entsprechende Anweisungen an seinen TH ¹⁾. Ohne besondere Vereinbarungen mit den Gesellschaftern kann der TG unmittelbare Rechte in der Gesellschaft nicht erwerben. Die Kenntnis der Gesellschafter von der Treuhandbeziehung allein kann eine unmittelbare Auswirkung auf die Gesellschaft nicht begründen ²⁾. Wenn Ulmer ³⁾ die Genehmigungsbedürftigkeit auf die Fälle einschränkt, in denen der TG sich mit Wissen der Gesellschafter "die Ausübung der Gesellschafterrechte vorbehalten" hat, so macht er damit einen Umstand zur Voraussetzung des Zustimmungserfordernisses, der mit der TG-Stellung eben nicht eo ipso verbunden ist, sondern umgekehrt seinerseits ein entsprechendes Einverständnis der Gesellschafter voraussetzt. Der TG kann sich nicht auf Grund des Treuhandverhältnisses die Ausübung von Gesellschafterrechten "vorbehalten". Eine solche Befugnis wäre allenfalls auf Grund einer besonderen Einräumung durch die Gesellschafter möglich. Sind also im Einzelfall einem TG solche unmittelbaren Einflußrechte zugestanden, so entspringen sie nicht seiner TG-Stellung, sondern allein entsprechenden vertraglichen Abmachungen mit der Gesellschaft. Das bedeutet, daß die Übertragung der TG-Stellung als solche dem Nachfolger keineswegs auch die unmittelbaren Rechte des Alt-TG gegenüber der Gesellschaft verschafft ⁴⁾. Dem neuen TG kann unmittelbarer Einfluß in der Gesellschaft wiederum nur durch gesonderte Vereinbarung mit den Gesellschaftern eingeräumt werden. Man kann also die Genehmigungsbedürftigkeit der Übertragung der TG-Stellung nicht damit begründen, daß dem TG in bestimmten Fällen unmittelbare Rechte in der Gesellschaft eingeräumt sind.

1) BGHZ 3, 360, 10, 49, BGH-WM 1958, 49(50)

2) So anscheinend aber Ulmer WPg. 1963, 122 und 346. Dagegen mit Recht Koll WPg. 1963, 343 f., im übrigen aber ebenfalls ohne überzeugende Lösung.

3) Ulmer WPg. 1963, 122

4) Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 d.

Es bleibt demnach zu untersuchen, ob der zweifellos gegebene mittelbare Einfluß des TG ausreicht, um die Übertragung der TG-Stellung hinsichtlich der Zustimmungsbedürftigkeit einem Gesellschafterwechsel gleichzustellen.

Die treuhänderische Stellung eines Gesellschafters ist nicht die einzig denkbare Form einer obligatorischen Bindung eines Gesellschafters an einen Dritten. Man denke etwa an einen obligatorischen Stimmrechtsbindungsvertrag eines Gesellschafters. Eine solche, ohne Zustimmung der Gesellschafter eingegangene Stimmrechtsbindung ist nicht ohne weiteres unwirksam ¹⁾. Oder man stelle sich vor, daß ein Gesellschafter regelmäßig bei wichtigen Entscheidungen sich von dem Rat eines sachverständigen Dritten leiten läßt. Sollen auch solche Möglichkeiten bloß mittelbarer Einflußnahme Dritter generell von der Zustimmung der Gesellschafter abhängen? Die h. M. erkennt die Wirksamkeit solcher auf das Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Drittem begrenzten Vereinbarungen auch für den Fall der Treuhandabrede bereits dadurch an, daß sie zwischen "offenen" und "verdeckten" Treuhandverhältnissen bei der Personalgesellschaft unterscheidet und beide Formen für zulässig erklärt ²⁾. Die Begründung eines "verdeckten" Treuhandverhältnisses, das den Mitgesellschaftern gar nicht offenbart wird, kann auch nicht von deren Zustimmung abhängen ³⁾. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Begründung des mittelbaren Einflusses eines TG ohne Zustimmung der Gesellschafter möglich sein soll, nicht aber die Übertragung dieser Stellung auf einen neuen TG. Die Auswirkungen auf die Gesellschaft dürften im ersteren Fall eher stärker sein als im letzteren. So gerät auch H. J. Wolff ⁴⁾, der grundsätzlich von der Zustimmungsbedürftigkeit des TG-Wechsels ausgeht, bei seinen Überlegungen zum "verdeckten" Treuhandverhältnis in erhebliche Schwierigkeiten: In diesem Fall sei dem Zustimmungserfordernis "schwer

1) Hueck OHG S. 167, Schlegelb.-Geßler § 119 Anm.1, Ulmer WPg. 1963, 346 Note 3, Busse BB 1961, 261, der aber in jedem Fall einen Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag annimmt.

2) BGHZ 10, 49, BGH-WM 1962, 1353, Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 b.

3) Vgl. S. 33.

4) H. J. Wolff S. 89.

Rechnung zu tragen". Er hält es für "wenig praktikabel, wollte man in einem solchen Fall einer ohne Zustimmung erfolgten Übertragung die Wirksamkeit absprechen". Wolff macht also - wenn auch in sehr vorsichtiger Ausdrucksweise - eine Ausnahme von der Zustimmungsbedürftigkeit für den Fall, daß die Gesellschafter über das Treuhandverhältnis nicht informiert sind. Diese Unterscheidung ist sachlich nicht gerechtfertigt: Man kann die Zustimmungsbedürftigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht von der Kenntnis des Zustimmungsberechtigten von diesem Rechtsgeschäft abhängig machen. Wolff macht auch nicht den Versuch, eine rechtsdogmatische Begründung zu geben, sondern verweist lediglich auf die Praktikabilität. Der mittelbare Einfluß des TG auf die Gesellschaft ist aber unabhängig davon, ob das Treuhandverhältnis "offen" oder "verdeckt" ist. Die Tatsache, daß die Einräumung weitergehenden Einflusses allein bei einer "offenen" Treuhandschaft denkbar ist, hat - wie wir gesehen haben ¹⁾ - andere Gründe.

Durch die Zulassung einer zustimmungsfreien Übertragung der TG-Stellung werden die Gesellschafter auch nicht hilflos fremdem Einfluß ausgesetzt. Anweisungen des neuen TG an den TH, deren Befolgung sich gesellschaftsschädigend auswirken würde, können für diesen schon auf Grund einer Auslegung des mit dem TG begründeten Auftrags- oder Dienstverhältnisses nicht verbindlich sein ²⁾. Kommt der TH solchen Weisungen dennoch nach, so macht er sich seinen Mitgesellschaftern gegenüber schadenersatzpflichtig und kann in schweren Fällen sogar aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Eine weisungsgemäße Stimmabgabe des TH kann im Einzelfall wegen Verstosses gegen die Treupflicht unwirksam sein ³⁾. Offensichtlich schädlichen Auswirkungen des mittelbaren Einflusses des TG können die Gesellschafter also durch entsprechende Sanktionen gegen den TH begegnen, gegründet auf eine Verletzung der

1) Vgl. S. 78.

2) Vgl. S. 62.

3) Für den Fall der Stimmrechtsbindung: Hueck OHG S. 167, Schlegelb.-Geßler § 119 Anm. 1 u. 4.

gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

Eine Erstreckung des Zustimmungserfordernisses beim Gesellschafterwechsel auch auf die Übertragung der TG-Stellung erscheint somit nicht gerechtfertigt ¹⁾.

G) Die Beendigung des Treuhandverhältnisses und deren Auswirkung auf die Gesellschafterstellung des TH

Das Ende des obligatorischen Treuhandverhältnisses zwischen TH und TG, das der fiduziarischen Rechtsübertragung als causa zugrunde lag, führt regelmäßig die Verpflichtung des TH herbei, das Treugut auf den TG zurückzuübertragen (§§ 667, 675 BGB) ²⁾. Häufig wird die Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses sogar zur auflösenden Bedingung der Treugutsübertragung gemacht. Dann erübrigt sich eine besondere Übertragung.

Die nach Beendigung des Verwaltungs- oder Sicherungsverhältnisses erforderliche Rückführung des formalrechtlichen "Eigentums", d.h. allgemeiner: der Rechtsinhaberschaft, auf den wirtschaftlichen Inhaber kann Schwierigkeiten bereiten, wenn durch die besondere Art des Treuguts eine Rückübertragung auf den TG nicht allein in das Belieben der am Treuhandverhältnis beteiligten Partner gestellt ist. Eine solche Situation ergibt sich auch für den vorliegenden Zusammenhang: Das Treugut besteht in der Beteiligung an einer Personalgesellschaft und unterliegt somit im Hinblick auf seine Übertragbarkeit gesellschaftsrechtlichen Regelungen.

Bei der Abwicklung von Treuhandverhältnissen, die die Beteiligung an einer Personalgesellschaft zum Gegenstand haben, ist also die Frage der

1) Die Vertreter der gegenteiligen Meinung müßten sich im übrigen zumindest mit § 137 BGB auseinandersetzen, vgl. Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 d am Ende.

2) RGZ 153, 366(369), BGHZ 11, 37(43), Soergel-Schultze v. Lasaulx Anm. 75 vor § 164; Siebert S.174 wendet § 667 BGB entsprechend an.

Beendigung des obligatorischen Treuhandvertrages zu unterscheiden von den daraus sich ergebenden Folgen für die Gesellschafterstellung des TH.

I. Arten der Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses

Das der fiduziarischen Rechtsübertragung zugrunde liegende Treuhandverhältnis ist - abgesehen von der Sicherungstreuhand, die durch eine besondere Sicherungsabrede gekennzeichnet ist - rechtlich als Auftrags- (§§ 662 ff. BGB) oder als Geschäftsbesorgungsverhältnis (§§ 611, 675 BGB) zu qualifizieren, je nachdem ob der TH unentgeltlich oder entgeltlich tätig ist. Für die Beendigung des Treuhandverhältnisses sind also die für diese Vertragsverhältnisse geltenden Bestimmungen anwendbar. Die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften sind allerdings durchweg dispositiv, so daß in erster Linie die besonderen Vereinbarungen der Partner maßgeblich sind. Ihre Grenze findet die Dispositionsfreiheit der Partner in der allgemein geltenden Regelung, daß Dauerschuldverhältnisse bei Vorliegen eines "wichtigen Grundes" immer beendbar sein müssen (vgl. §§ 626, 671 III BGB) ¹⁾.

Sind keine besonderen Vereinbarungen getroffen, so kommen folgende Beendigungsgründe in Frage:

1. Ablauf der Zeit, für die das Treuhandverhältnis eingegangen ist (§ 620 I BGB).

Mit Eintritt des gesetzten Endtermins endet das Schuldverhältnis, ohne daß es noch einer besonderen Erklärung einer der Partner bedarf.

Dient das Treuhandverhältnis Sicherungszwecken, so endet das obligatorische Sicherungsverhältnis automatisch im Zeitpunkte der vollen Begleichung der gesicherten Forderung ²⁾.

2. Widerruf des Auftrags (§ 671 I BGB) oder Kündigung des Dienstverhältnisses durch den TG (§§ 621 ff., 626 f. BGB)

Handelt es sich um ein unentgeltliches Treuhandverhältnis, so kann der TG den Auftrag jederzeit widerrufen (§ 671 I l. Alt. BGB).

1) RGZ 78, 389; 128, 16; 150, 199; BGH-NJW 1951, 836

2) Serick § 4 II 2 (S. 57)

Der Gesetzgeber ging davon aus, daß der unentgeltlich tätige Beauftragte kein Interesse am Fortbestand des Auftragsverhältnisses hat. Diese Erwägungen treffen allerdings nicht für den Fall der Sicherungstreuhand zu. Hier ist - wenn nicht ausdrücklich, so doch nach dem Zweck des Vertrages - eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit des TG durch die Sicherungsabrede ausgeschlossen ¹⁾.

In § 675 BGB wird nicht auf § 671 BGB verwiesen. Das bedeutet, daß ein entgeltliches Treuhandverhältnis nicht widerrufen, sondern allein gemäß den §§ 621 ff. BGB gekündigt werden kann. Zu beachten ist hier insbesondere § 627 I BGB ²⁾, der bei Dienstverhältnissen, die in besonderem Maße von einem persönlichen Vertrauensverhältnis abhängig sind, die fristlose Kündigung auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes zuläßt.

3. Kündigung durch den TH (§§ 671 oder 621 ff., 626 f. BGB)

Ebenso wie der TG kann sich auch der TH beim unentgeltlichen Treuhandverhältnis jederzeit vom Vertrage lösen (§ 671 I 2. Alt. BGB). Er darf es aber - falls kein wichtiger Grund vorliegt - nur in der Weise, daß der TG die Möglichkeit hat, die Ausführung des Auftrags in anderer Weise zu regeln. Kündigt der TH entgegen § 671 II S. 1 BGB zur Unzeit, so ist die Kündigung gleichwohl wirksam, der TH kann allerdings schadenersatzpflichtig werden.

Letztere Einschränkung gilt auch beim entgeltlichen Treuhandverhältnis im Falle der fristlosen Kündigung nach § 627 I BGB (§§ 675 Halbsatz 2, 627 II BGB). Ansonsten bleibt es bei der Anwendung der §§ 621 ff. BGB.

4. Tod des TH (§§ 673, 675 BGB)

Sowohl beim unentgeltlichen als auch beim entgeltlichen Vertragsverhältnis wird das schuldrechtliche Treuhandverhältnis "im Zweifel" durch den Tod des TH aufgelöst (§§ 673, 675 BGB). Das Treuhandverhältnis ist im allgemeinen in so starkem Ausmaß vom Vertrauen des TG zum TH abhängig, daß man einen Übergang der TH-Stellung auf den (oder die) Erben

1) Liebich S. 159

2) Zur Anwendung des § 627 I BGB auf Treuhandverhältnisse vgl. RGZ 69, 363.

nicht annehmen kann ¹⁾. Die formale dingliche Rechtsinhaberschaft allerdings geht, verbunden mit einer Rückübertragungsverpflichtung (§ 667 BGB), auf den (die) Erben über, falls nicht der Tod des TH zur auflösenden Beendigung der Treugutsübertragung vom TG auf den TH gemacht worden war ²⁾.

Bei der Sicherungstreuhand ist weniger das Vertrauensverhältnis als vielmehr das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers wesentlich, das bei den Erben des Gläubigers ebenso vorhanden sein wird wie beim Gläubiger selbst: hier wird man also die Rechtsfolge des § 673 BGB als durch die Sicherungsabrede abbedungen ansehen müssen ³⁾.

Der Tod des TG hat die Beendigung des Treuhandverhältnisses im Zweifel nicht zur Folge (§§ 672 S.1, 675 BGB). Die Erben rücken in die TG-Stellung mit ihren Rechten und Pflichten ein. Das gilt auch für unseren Fall, in dem das Treugut in der Beteiligung an einer Personalgesellschaft besteht. Da der TG nicht Gesellschafter ist, steht der Grundsatz der Unvererblichkeit der Gesellschafterstellung (§ 134 Nr. 4 HGB) nicht entgegen. Eine andere Frage ist es, ob etwaige unmittelbare Rechte des TG in der Gesellschaft auf seine Erben übergehen. Handelt es sich bei diesen unmittelbaren Rechten um Ansprüche des TG gegen die Gesellschaft, die gemäß § 717 S.2 BGB (§§ 105 II, 161 II HGB) frei übertragbar sind, so steht einem Übergang auf die Erben des TG nichts entgegen. Waren dem TG dagegen Mitverwaltungs- oder Kontrollrechte eingeräumt worden, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß dies nicht zuletzt mit Rücksicht auf die persönliche Vertrauenswürdigkeit, Zuverlässigkeit und Geschäftstüchtigkeit des TG geschehen ist. Die einem Dritten eingeräumten Einfluß- und Kontrollrechte in der Gesellschaft sind also in der Regel höchstpersönlich und können somit weder frei

1) KG-HRR 1931, Nr.1866

2) Soergel-Schultze v. Lasaulx Anm. 75 vor § 164

3) Siebert S.174, Liebich S.172, Bott S.83; a.A.: W. Müller S.127, die auch hier auf die persönliche Vertrauensbindung abstellt.

übertragen noch vererbt werden. Anders ist es nur, wenn dem TG im Einzelfall ein Mitwirkungsrecht (z.B. ein Stimmrecht) oder ein Kontrollrecht ausschließlich mit Rücksicht auf seine wirtschaftliche Beteiligung, seinen Kapitaleinsatz in der Gesellschaft eingeräumt worden ist, ohne daß es den Gesellschaftern dabei auf die fachliche und charakterliche Qualifikation des TG ankam. In einem solchen Fall entspricht es dem Sinn und Zweck der Vereinbarung, daß mit dem Übergang der wirtschaftlichen Beteiligung, sei es durch rechtsgeschäftliche Übertragung der TG-Stellung ("Vertragsübernahme"), sei es durch Erbfall, auch das Mitwirkungsrecht oder Kontrollrecht auf den Rechtsnachfolger des TG übergeht ¹⁾.

5. Weiterhin sind Fälle denkbar, in denen eine Beendigung des Treuhandverhältnisses wegen Unmöglichkeit der weiteren Verwaltungstätigkeit des TH eintritt. Als Beispiele seien erwähnt der Ausschluß des TH aus der Gesellschaft (§§ 140, 161 II HGB), das Erlöschen der Gesellschaft, Entmündigung des TH, Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des TH (vgl. §§ 131 Nr. 5, 138 HGB) ²⁾. In Betracht kommt ferner, daß der TH seine Aufgaben aus tatsächlichen Gründen nicht mehr erfüllen kann. Aus § 275 BGB ergibt sich, daß er dann von seiner Leistungspflicht ersatzlos frei wird, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Im andern Fall wird er bei einem unentgeltlichen Treuhandverhältnis gemäß § 280 I BGB schadenersatzpflichtig. Falls es sich um ein entgeltliches Treuhandverhältnis handelt, gelten bezüglich der Gegenleistung grundsätzlich die §§ 323 ff. BGB, soweit sich nicht aus den §§ 675, 616 ff. BGB oder aus den Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses etwas anderes ergibt ³⁾. Ist die Unmöglichkeit der weiteren Dienstleistung von keiner der

-
- 1) Eine entsprechende Unterscheidung treffen für die Frage des Übergangs besonderer Vorrechte eines Gesellschafters auf den Erwerber der Mitgliedschaft: Würdinger I S. 69, Hueck OHG S. 398 f, Wiedemann S. 75.
 - 2) Zu letzterem siehe im einzelnen unten S. 136 ff.
 - 3) RGZ 92, 176 (177), BGHZ 10, 187 (190), Enn. - Lehmann § 147 II (S. 608), Staud. - Nipp. - Mohren-Neumann § 611 Anm. 19, Soergel-Schmidt Anm. 3 vor § 323, Palandt-Putzo § 616 Anm. I c.

beiden Parteien zu vertreten, so beschränkt sich der Vergütungsanspruch des TH auf die Entlohnung der bereits geleisteten Dienste (§§ 323 I 2. Halbsatz, 472 BGB). Aus § 616 I S.1 (§ 675) BGB ergibt sich hier insofern eine Besonderheit, als der Vergütungsanspruch des TH in voller Höhe (allerdings abzüglich etwaiger Versicherungsleistungen i.S. des § 616 I S.2 BGB) bestehen bleibt, falls ein in der Person des TH liegender Grund (z.B. Krankheit) diesen ohne sein Verschulden vorübergehend an der weisungsgemäßen Verwaltung des Gesellschaftsanteils hindert ¹⁾.

Hat der TG die Unmöglichkeit weiterer Verwaltungstätigkeit des TH zu vertreten, so greift § 324 I BGB ein, der auch auf Dienstverhältnisse und somit auf Geschäftsbesorgungsverhältnisse nach § 675 BGB Anwendung findet ²⁾. Der TH behält den Vergütungsanspruch mit der Einschränkung des § 324 I S.2 BGB. Der TG muß das Geschäftsbesorgungsverhältnis kündigen ³⁾, um sich von weiteren Zahlungspflichten zu befreien.

Ist die Unmöglichkeit zur Fortsetzung der Treuhandtätigkeit vom TH zu verantworten (z.B. wegen schuldhafter Herbeiführung des Ausschlusses aus der Gesellschaft), so kommt grundsätzlich § 325 I BGB zur Anwendung ⁴⁾. Hinsichtlich des Rücktrittsrechts ist in diesem Fall jedoch zu beachten, daß bei Dauerschuldverhältnissen, die bereits in Vollzug gesetzt sind, eine Abwicklung im Sinne der Herstellung des status quo

1) BAG-NJW 1965, 1397, Staud.-Nipp.-Mohnen-Neumann § 616 Anm. 3, Soergel-Wlotzke-Volze § 611 Anm. 56, Palandt-Putzo § 616 Anm. 1 c aa, Enn.-Lehmann § 147 I 1 (S. 606).

§ 616 I BGB kann allerdings von den Parteien ausgeschlossen werden, wie der Umkehrschluß aus § 619 BGB ergibt, vgl. Enn.-Lehmann § 147 I 1 (S. 607), Soergel-Wlotzke-Volze § 616 Anm. 3, Palandt-Putzo § 616 Anm. Id.

2) BAG-NJW 1969, 766, Soergel-Wlotzke-Volze § 611 Anm. 56, Palandt-Putzo § 616 Anm. 1 c bb, Enn.-Lehmann § 147 II 1 (S. 608) und § 148 V 3 a (S. 614).

3) Vgl. S. 123.

4) Staud.-Nipp.-Mohnen-Neumann § 611 Anm. 19, Palandt-Putzo § 616 Anm. 1 c cc, Enn.-Lehmann § 147 II 1 (S. 608).

ante ¹⁾ grundsätzlich nicht in Frage kommt. Die Rückgewähr beiderseits schon erbrachter Leistungen ist wirtschaftlich unzweckmäßig, wenn nicht sogar praktisch unmöglich ²⁾.

Dieselben Gründe sprechen auch gegen die Zulässigkeit der (rückwirkenden) Anfechtung. Man kann allgemein sagen, daß bei Dauerschuldverhältnissen, die sich bereits im Erfüllungsstadium befinden, Anfechtung und Rücktritt verdrängt werden durch die nur für die Zukunft wirkende Kündigung (insbesondere aus "wichtigem Grund") ³⁾. So ist im Dienstvertragsrecht der § 616 BGB als lex specialis im Verhältnis zum Rücktrittsrecht nach § 325 I BGB anzusehen ⁴⁾. Dem TG steht also das Recht zur fristlosen Kündigung nach § 626 BGB zu. Der TH kann einen seiner bisherigen Verwaltungstätigkeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen (§ 628 I 1 BGB). Hat der TH die Unmöglichkeit weiterer Geschäftsbesorgung und somit die Kündigung seitens des TG durch (schuldhaftes ⁵⁾) vertragswidriges Verhalten herbeigeführt, so kann er allerdings eine Vergütung auch für die Vergangenheit insoweit nicht verlangen, als seine bisherige Tätigkeit wegen der vorzeitigen Kündigung für den TG ohne Interesse ist (§ 628 I S. 2, 2. Alt. BGB). Letzteres ist, wie sich aus der Fassung des § 628 I BGB ergibt, im

-
- 1) Obwohl sich heute die Ansicht durchgesetzt hat, daß die Rücktrittserklärung keine rückwirkende Kraft hat (E. Wolf AcP 153, 97, Larenz SchuldR. I § 25 I a, Esser I § 30 III 1, Fikentscher § 48 II 2, S. 243, Palandt-Heinrichs Anm. 1 vor § 346; a. A. noch: RGZ 50, 266; 75, 201, Enn.-Lehmann § 38 II, Oertmann Anm. 2 vor § 346), so ist doch gemäß § 346 S. 1 BGB die Wirkung des Rücktritts grundsätzlich die Verpflichtung zur Herstellung des dem früheren entsprechenden Zustandes.
 - 2) Larenz SchuldR. I § 26 d, S. 302.
 - 3) BGH-DB 1957, 990, Soergel-Schmidt Anm. 4 vor § 346, Larenz SchuldR. I § 26 d, S. 302, Esser I § 31 V, S. 197 f.
 - 4) RG-JW 1911, 106; 1912, 73, RGZ 81, 303; 105, 168, Enn.-Lehmann § 147 II (S. 608) u. § 148 V 3 a (S. 614), Staud.-Nipp.-Mohren-Neumann § 626 Anm. 60, Soergel-Wlotzke-Volze § 626 Anm. 1.
 - 5) Staud.-Nipp.-Mohren-Neumann § 628 Anm. 33, Soergel-Wlotzke-Volze § 628 Anm. 3, Palandt-Putzo § 628 Anm. 2.

Einzelfall vom Dienstberechtigten, hier also vom TG, nachzuweisen ¹⁾. Die vorzeitig beendete Verwaltungstätigkeit des TH-Gesellschafters kann etwa dann für den TG ohne Interesse sein, wenn gemäß dem Gesellschaftsvertrag auf die treuhänderische Beteiligung erst nach bestimmter, nun nicht erreichter Mitgliedschaftsdauer Gewinn entfallen sollte.

- - -

Ist von den Parteien des obligatorischen Treuhandverhältnisses eine auf-
lösende Bedingung vereinbart worden, so wird das obligatorische Ver-
tragsverhältnis mit Eintritt der Bedingung beendet (§ 158 II BGB). Hiervon
zu unterscheiden ist die auflösend bedingte Übertragung des Treuguts auf
den TH. Ob nur das obligatorische Verhältnis von der Bedingung abhän-
gen soll oder auch das "dingliche" Übertragungsgeschäft, ist durch Aus-
legung den getroffenen Vereinbarungen zu entnehmen.

II. Der Einfluß auf die Gesellschafterstellung des TH

1. Die Übertragung des Treuguts war nicht bedingt (befristet)

a) Die Beendigung des Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisses zwischen TG und TH hat grundsätzlich keinen unmittelbaren Einfluß auf die "dingliche" Rechtsstellung des TH ²⁾. Etwas anderes gilt nur, wenn die Treugutsübertragung selbst unter einer entsprechenden Bedingung oder Befristung vorgenommen worden war ³⁾. Der TH bleibt Rechtsträger hinsichtlich des Treuguts, seine Gesellschafterstellung bleibt zunächst unberührt. Das gilt selbst dann, wenn es sich um ein von Anfang an "offenes" Treuhandverhältnis handelte und das Bestehen des Treuhandverhältnisses Geschäftsgrundlage war für die Aufnahme des TH in die Gesellschaft. Die allgemeinen Regeln zum Wegfall der Geschäftsgrundlage, deren Anwendung

1) So auch Staud. - Nipp. - Mohnen-Neumann § 628 Anm. 39.

2) Fischer RGRK-HGB § 105 Anm. 28 b.

3) Vgl. hierzu unten S. 133.

hier zu einem Ausschluß des TH durch rechtsgestaltende Erklärung der Mitgesellschafter führen könnte ¹⁾, werden durch Grundsätze des Personalgesellschaftsrechts zum Teil verdrängt ²⁾: Ein Ausschluß des Gesellschafters kann aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nur durch gerichtliches Urteil ausgesprochen werden (§§ 140, 161 II HGB). War das Treuhandverhältnis entscheidend für die Aufnahme des TH, so wird man die Beendigung der treuhänderischen Bindung als "wichtigen Grund" i. S. des § 140 I (§ 133) HGB ansehen können: den Gesellschaftern ist es unter solchen Umständen nicht zumutbar, mit dem nun ungebundenen TH weiter zusammenzuarbeiten.

Wenn Wolff ³⁾ jedoch einen die Ausschließungsklage rechtfertigenden "wichtigen Grund" in jedem Fall der Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses sieht, sogar dann, wenn es sich um eine "verdeckte Treuhand" gehandelt hat, so führt das zu weit. Haben die Gesellschafter von der obligatorischen Bindung des TH nicht einmal etwas gewußt, so kann deren Beendigung keinen wichtigen Grund zum Ausschluß des TH-Gesellschafters ergeben ⁴⁾. Wolff begründet seine Ansicht mit der durch das Ende des Auftrags- (Geschäftsbesorgungs-)verhältnisses entstehenden "akuten Gefahr, daß der TG auf Grund seiner Ansprüche gegen den TH in das Treugut, den Gesellschaftsanteil, vollstreckt ... ⁵⁾. Eine solche Gefahr besteht aber von seiten jedes Privatgläubigers des TH-Gesellschafters nach Maßgabe des § 135 HGB. Es ist nicht ersichtlich,

1) Bei Dauerschuldverhältnissen führt der Wegfall der Geschäftsgrundlage zu einem Kündigungsrecht, das durch rechtsgestaltende Erklärung auszuüben ist; vgl. für viele: BGH-LM Nr. 2 und Nr. 10 zu § 242 BGB, Soergel-Knopp § 242 Anm. 428.

2) BGHZ 10, 44 = LM Nr. 3 zu § 161 HGB (m. Anm. Fischer).

3) H. J. Wolff S. 64 f.

4) Eine ganz andere Frage ist es, ob das Verhalten des TH in der Gesellschaft auf Grund der Lösung seiner treuhänderischen Bindung sich fortan so entwickelt, daß eine Weiterarbeit mit ihm unzumutbar erscheint. Das ist von Fall zu Fall zu entscheiden.

5) H. J. Wolff S. 65.

weshalb die Gefahr einer Pfändung durch den TG diese besonderen Folgen zeitigen sollte.

b) Mit Beendigung des Verwaltungs- oder Sicherungsverhältnisses ist der TH-Gesellschafter verpflichtet - falls nichts anderes vereinbart ist -, das Treugut auf den TG zu übertragen ¹⁾.

Aus den Erörterungen zu den verschiedenen Möglichkeiten der Treuhandbegründung ²⁾ ergibt sich, daß es sich hierbei nicht unbedingt um eine Rückübertragung zu handeln braucht.

Die Übertragung des Treuguts, also der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft, bereitet dann keine Schwierigkeiten, wenn der Gesellschaftsvertrag die freie Übertragbarkeit der Beteiligungen vorsieht. Fehlt eine solche Klausel im Gesellschaftsvertrag, so ist - wie bei jedem Gesellschafterwechsel - zur Übertragung der Beteiligung an den TG die Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich ³⁾. Der TG war zwar wirtschaftlich auch bisher schon an der Gesellschaft beteiligt, das ändert aber nichts daran, daß rechtlich nunmehr eine neue Person Partner des Gesellschaftsvertrages wird. Es handelt sich also bei der Übertragung der Beteiligung vom lediglich formal Berechtigten auf den wirtschaftlichen Inhaber des Anteils um einen echten Fall des Gesellschafterwechsels ⁴⁾. Der TH-Gesellschafter ist dem TG gegenüber verpflichtet, alles zu tun, um die erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter zur Übertragung der Beteiligung zu erhalten ⁵⁾. Die Gesellschafter sind in ihrer Entscheidung grundsätzlich frei, es sei denn, sie seien eine entsprechende Ver-

1) Siehe S.121.

2) Siehe S.19 ff.

3) RG-JW 1931,2967(Nr.12) für den Fall einer GmbH, deren Anteile nur mit Zustimmung der Gesellschafter übertragen werden konnten.

4) RG-JW 1931,2967(Nr.12), BGH-NJW 1965,1376 f., Hachenburg-Schilling § 15 Anm. 51 a, Däubler GmbH-Rdsch. 1966,243(244) (alle zum GmbH-Recht).

5) BGHZ 48,163 ff.(166) bezeichnet diese Verpflichtung als Nebenpflicht der (in einem Treuhandvertrag enthaltenen) Abtretungsverpflichtung nach Beendigung des Auftragsverhältnisses.

Zustimmend in einer Anm. zu diesem Urteil E. Peters JZ 1968,27.

pflichtung dem TH oder TG gegenüber eingegangen ¹⁾.

Es ist fraglich, ob die Übertragung der Beteiligung auf den TG auch dann noch der gesonderten Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf, wenn der TG früher Gesellschafter war und die Mitgesellschafter in die Übertragung der Gesellschafterstellung auf den TH in Kenntnis ihres lediglich treuhänderischen Charakters eingewilligt hatten. Der BGH ²⁾ sieht in der Genehmigung der Übertragung einer Beteiligung an einen TH, falls die Gesellschafter den treuhänderischen Zweck der Übertragung kennen, gleichzeitig auch die Genehmigung zur Rückübertragung nach Beendigung des Treuhandverhältnisses. Das Urteil bezieht sich unmittelbar zwar nur auf den Fall der Sicherungstreuhand. Aus den Ausführungen des BGH ³⁾ ist jedoch zu entnehmen, daß dieser Grundsatz für die treuhänderische Abtretung allgemein gelten soll ⁴⁾.

Dem BGH kann hier nur mit Einschränkungen gefolgt werden. Es wird zwar vor allem bei der Sicherungstreuhand oft so sein, daß die Gesellschafter mit der Genehmigung der (Sicherungs-) Übertragung gleichzeitig der späteren Rückübertragung zustimmen wollen, da der vorübergehende Charakter des Gesellschafterwechsels für sie ersichtlich ist. Gleichwohl sind auch Fälle denkbar, in denen eine längere Verwaltungstätigkeit des TH beabsichtigt und im Zeitpunkt der Begründung des Treuhandverhältnisses noch gar nicht abzusehen ist, ob und wann eine Rückübertragung erfolgen wird. Man kann hier den Gesellschaftern nicht den Willen unterstellen, sich ohne Rücksicht auf zwischenzeitliche Veränderungen - vor

1) Fischer RGRK-HGB § 105 Anm. 28 b

2) BGH-NJW 1965,1376(Leitsatz) u. S.1377 für die GmbH mit Vereinbarung gemäß § 15 V GmbHG. Zustimmend: Baumbach-Hueck § 15 Anm. 5 A; a.A.: Gottschling GmbH-Rdsch. 1965,156, allerdings mit einer sehr formalistischen Begründung.

3) BGH-NJW 1965,1377

4) Ähnlich Bott S.67, der die Nichtzustimmung zur Rückübertragung als *venire contra factum proprium* ansieht.

allem etwa in der Person des TG - schon jetzt an die Wiederaufnahme des TG zu binden ¹⁾. Man denke etwa an einen in der Zwischenzeit erfolgten Beitritt des TG in eine konkurrierende Gesellschaft oder einen Wechsel des TG. Der BGH begründet seine Ansicht damit, daß anderenfalls das Risiko des TG zu groß sei ²⁾. Dem kann entgegengehalten werden, daß der TG in der Lage ist, sich durch entsprechende ausdrückliche Vereinbarungen mit den Gesellschaftern vor der treuhänderischen Übertragung seines Anteils zu sichern. Gelingt ihm das nicht, so muß er eben, will er jedes Risiko vermeiden, von einer Übertragung seiner Gesellschafterstellung absehen. In der Genehmigung zur treuhänderischen Übertragung kann zwar gleichzeitig die Zustimmung zur späteren Rückübertragung auf den TG liegen ³⁾ - das wird man bei der Sicherungstreuhand sogar im Zweifel annehmen können -, es geht jedoch zu weit, hieraus zu schliessen, daß eine gesonderte Genehmigung der Rückabtretung immer dann nicht mehr erforderlich sei, wenn die Gesellschafter den treuhänderischen Charakter der Erstabtretung gekannt hätten ⁴⁾.

c) Gelingt es dem TH-Gesellschafter nicht, die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Übertragung der Beteiligung an den TG zu erlangen, - damit muß vor allem bei "verdeckter Treuhand" gerechnet werden -, so ist er auf Grund des Treuhandvertrages verpflichtet, an den TG zumindest den in der Gesellschaft gebundenen Anteilswert auszukehren. Der TH ist also gehalten, die Gesellschaft zu kündigen und - je nach dem, ob der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel gemäß §§ 138 (161 II) HGB enthält oder nicht - den Anspruch auf das Abfindungs- (§§ 738 I S.2 BGB, 105 II, 161 II HGB) oder das Auseinandersetzungsguthaben (§§ 155, 161 II HGB) auf den TG zu übertragen. Das ist ohne Zustimmung der Mitgesell-

1) So auch Däubler GmbH-Rdsch. 166,243(244) für die GmbH.

2) BGH-NJW 1965,1377

3) So formuliert auch Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 c, und verweist auf die BGH-Entscheidung (NJW 1965,1376), die indessen weiter geht.

4) Heining GmbH-Rdsch. 1954, 98 ff. (102) läßt diese Kenntnis der Mitgesellschafter ausreichen.

schafter möglich (§§ 717 S.2 BGB , 105 II, 161 II HGB). Der TH muß sich an die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Kündigungsfrist halten. Die Beendigung des Treuhandverhältnisses berechtigt den TH nicht, die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft "aus wichtigem Grund" zu verlangen (§§ 133, 161 II HGB). Für den TH hat sich nämlich im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern nichts geändert. Eine weitere Zusammenarbeit mit ihnen ist ihm bis zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt durchaus zumutbar ¹⁾.

Es wäre jedoch unbillig, wenn der TH in dieser Schwebezeit - nach Beendigung des Verwaltungs- oder Sicherungsverhältnisses und vor der möglichen Lösung von der Gesellschaft - die aus der Mitgliedschaft entstehenden Aufwendungen selbst zu tragen hätte, während der auf den TG zu übertragende Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruch sich nach dem Zeitpunkt der Beendigung der Gesellschafterstellung des TH bestimmt. Vielmehr muß bei einem Treuhandvertrag, der sich auf die Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft bezieht, im Zweifel als vereinbart angesehen werden, daß der TG über §§ 670 (675) BGB hinaus auch die Aufwendungen letztlich zu tragen hat, die für den TH nach Beendigung des obligatorischen Verhältnisses noch erforderlich werden bis zur Übertragung des Treuguts oder des entsprechenden Surrogats auf den TG.

2. Die Übertragung des Treuguts war bedingt (befristet)

Der TG ist im allgemeinen daran interessiert, nach Beendigung des Verwaltungs- oder Sicherungsverhältnisses das formale "Eigentum" am Treugut umgehend zurückzuerhalten. Ob sich das reibungslos vollzieht, hängt bei jedem Treuhandverhältnis in gewissem Umfang von der Zuverlässigkeit des TH ab.

Ungleich mehr Schwierigkeiten ergeben sich - wie wir gesehen haben - , wenn das Treugut in der Beteiligung an einer Personalgesellschaft besteht, da die Treugutsübertragung hier grundsätzlich der Zustimmung der Mitge-

1) Zu der Frage, ob die Mitgesellschafter die Auflösung der Gesellschaft oder den Ausschluß des TH-Gesellschafters verlangen können, vgl. oben S.129.

sellschafter bedarf. Es liegt also hier für den TG besonders nahe, eine mit Beendigung des obligatorischen Verhältnisses "automatisch" einsetzende dingliche Rechtsänderung anzustreben. Bei der Erörterung, ob und wie dieses Ziel zu erreichen ist, muß zwischen den verschiedenen Treuhandbegründungsmöglichkeiten unterschieden werden ¹⁾:

- a) War der TG ehemals Gesellschafter, so bietet sich eine auflösend bedingte Übertragung der Gesellschafterstellung auf den TH an, wobei der auflösende Umstand die Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses ist.
- b) War der TH schon vorher Gesellschafter und ist das Treuhandverhältnis durch die bloße Vereinbarung begründet worden, daß der TH seinen Anteil künftig für Rechnung des TG verwalten soll, so ist das geeignete Sicherungsmittel des TG eine durch die Beendigung des obligatorischen Verwaltungsverhältnisses aufschiebend bedingte Übertragung des Anteils vom TH auf den TG. Der TG wird dann mit Beendigung des Treuhandverhältnisses ohne weiteres erstmals Gesellschafter, d.h. es bedarf dazu keiner weiteren Zustimmung der Mitgesellschafter, vielmehr genügt das bei der bedingten Übertragung des Anteils erklärte Einverständnis der Gesellschafter ²⁾.
- c) Letztere Möglichkeit besteht auch dann, wenn der TH die Beteiligung (das Treugut) durch Ersterwerb oder Surrogationserwerb mit Mitteln des TG erlangt. Die aufschiebend bedingte Übertragung der Gesellschafterstellung kann nicht dadurch ersetzt werden, daß die Mittel zum Erwerb des Treuguts unter einer auflösenden Bedingung vom TG auf den TH übertragen werden, denn eine dingliche Surrogation mit der Folge, daß sich die Anwartschaft des TG nach dem Erwerb der Gesellschaftsbeteiligung durch den TH nunmehr auf diese bezieht, kann nicht anerkannt werden ³⁾. Gegen eine solche Lösung spricht in unserem Fall - abgesehen von allgemeinen dogmatischen Bedenken ⁴⁾ - schon der Grundsatz, daß

1) Vgl. oben S.19.

2) Vgl. oben S. 50 f.

3) Siehe dazu ausführlich Siebert S.223 ff.

4) Vgl. Siebert S.223 ff.

die Anwartschaft auf den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung ebenso wie der Erwerb der Beteiligung selbst nur mit Zustimmung der Gesellschafter begründet werden kann.

Die Zulässigkeit einer auflösend oder aufschiebend bedingten Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung bei entsprechendem Einverständnis der Mitgesellschafter wurde bereits bei der Untersuchung der Treuhandbegründungsmöglichkeiten dargelegt ¹⁾. Wegen des Zustimmungserfordernisses ist eine Anwartschaft des TG auf den Erwerb der Gesellschafterstellung nur im Falle einer "offenen Treuhand" denkbar, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag sehe freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft vor. Mit Eintritt der vereinbarten Bedingung tritt die von ihr abhängige Rechtswirkung ein (§ 158 BGB, für die Befristung i. V. m. § 163 BGB). Das bedeutet für den hier zu beurteilenden Fall, daß mit dem Zeitpunkt der Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses der TG ohne weiteres Gesellschafter wird ²⁾.

Wird das obligatorische Treuhandverhältnis durch den Tod des TH beendet (§§ 673, 675 BGB), so taucht für den Fall, daß der TH persönlich haftender Gesellschafter ist, die Frage auf, ob es gemäß §§ 131 Nr. 4 (161 II) HGB zur Auflösung der Gesellschaft kommt und der TG kraft seiner Anwartschaft nur Gesellschafter einer Abwicklungsgesellschaft wird. Ein solcher Erfolg ist von den Beteiligten aber gerade nicht gewollt. Nach den getroffenen Vereinbarungen soll mit Beendigung des treuhänderischen Grundverhältnisses der TH in der Gesellschaft durch den TG "automatisch" ersetzt werden. Für die Gesellschafter kann es gleichgültig sein, ob diese Nachfolge in die Gesellschafterstellung durch den Tod des TH oder durch einen anderen Umstand ausgelöst wird. Aus dem Gesellschaftsvertrag - die Anwartschaft des TG ist Inhalt des Gesellschaftsvertrages ³⁾ - ergibt sich also im Sinne von § 131 Nr. 4 HGB insofern "ein

1) Vgl. S. 48 ff.

2) Das gilt auch dann, wenn sich der Gesellschafterbestand seit der Zustimmung zur bedingten Übertragung geändert hat, vgl. hierzu S. 50 f.

3) Vgl. S. 50 f.

anderes", als der Tod des TH nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern den Übergang der Gesellschafterstellung auf den TG herbeiführen soll ¹⁾.

H) Der Konkurs des TH-Gesellschafters

Die Rechtsstellung des TG bei einer Zwangsvollstreckung in das Treugut, sei es in Form der Einzelzwangsvollstreckung, sei es im Wege des Konkurses, bildet eines der Hauptprobleme im Rahmen rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse.

Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, im einzelnen auf die Fülle von Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur einzugehen, die zur Frage der Aussonderungsfähigkeit des Treuguts im allgemeinen (oder des Durchgreifens der Drittwiderspruchsklage in der Einzelzwangsvollstreckung) abgegeben worden sind. Vielmehr sollen die besonderen Schwierigkeiten erörtert werden, die entstehen, wenn der Gegenstand des Treuhandverhältnisses eine Gesellschaftsbeteiligung ist. Dabei soll von der herrschenden Meinung ausgegangen werden, die dem wirtschaftlichen Inhaber des Treuguts, dem TG, im Konkurs das Aussonderungsrecht nach § 43 KO und in der Einzelzwangsvollstreckung die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zubilligt, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht allerdings grundsätzlich nur bei unmittelbarer Treugutsübertragung ²⁾.

I. Der TG hat kein Anwartschaftsrecht an der Gesellschafterstellung

Zunächst sollen die Fälle betrachtet werden, in denen keine Vereinbarung vorliegt, kraft deren die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des TH als auflösende oder aufschiebende Bedingung ³⁾ den unmittelbaren Rückfall des Treuguts an den TG bewirkt.

-
- 1) Es bedarf also nicht der Hilfskonstruktion, daß der TG eine "logische Sekunde" vor dem Tod des TH Gesellschafter werde und damit die Auflösung der Gesellschaft verhindert werde; so allerdings Bott S. 84 f.
 - 2) Vgl. S. 37 ff.
 - 3) Vgl. dazu S. 48 ff.

Bei der Frage, in welcher Weise der TG nach der Konkursöffnung seine wirtschaftliche Inhaberschaft an der bisher vom TH verwalteten Gesellschaftsbeteiligung zur Geltung bringen kann, muß nach der jeweiligen gesellschaftsvertraglichen Regelung für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters unterschieden werden.

1. Die gesetzliche Folge des § 131 Nr. 5 (§ 161 II) HGB tritt ein.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 131 Nr. 5 HGB wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst, d. h. sie wird von einer verbenden Gesellschaft zu einer Gesellschaft in Liquidation. In die Konkursmasse des TH-Gesellschafters fällt gemäß § 1 I KO das der Zwangsvollstreckung unterliegende (§§ 135, 161 II HGB) Auseinandersetzungsguthaben¹⁾. Gesellschafter bis zur "Vollbeendigung" der Gesellschaft bleibt der Gemeinschuldner, also der TH-Gesellschafter. Gemäß § 16 I KO findet die Auseinandersetzung der Gesellschaft außerhalb des Konkursverfahrens statt, also nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (§§ 145 ff., 161 II HGB). Am Auseinandersetzungsverfahren nimmt jedoch anstelle des Gemeinschuldners, der das Verfügungsrecht über sein Auseinandersetzungsguthaben gemäß § 6 I KO mit Konkursöffnung verloren hat, der Konkursverwalter teil (§ 6 II KO, 146 III HGB).

- a) Wie kann nun in dieser Situation der TG sein Aussonderungsrecht geltend machen? Die Rechtsprechung hat sich - soweit ersichtlich - mit dieser Frage noch nicht beschäftigt. Westermann²⁾ streift das Problem nur kurz und spricht zunächst von einem Recht des TG,

1) Jaeger-Lent § 16 Anm. 4, Mentzel-Kuhn § 16 Anm. 1

2) Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 c; Wolff S. 66 stellt fest, daß der TG im Konkurs des TH-Gesellschafters eine quasi-dingliche Rechtsstellung habe, erläutert aber nicht die Realisierung dieser Rechtsstellung durch Aussonderung. W. Müller S. 129 f. spricht ohne nähere Erörterung von einem Aussonderungsrecht des TG (Sicherungsgebers) im Konkurs des TH-Gesellschafters (Sicherungsnehmers).

beim Konkurs des TH "die Gesellschafterstellung auszusondern". Die hierfür von ihm angegebenen Belegstellen¹⁾ setzen sich jedoch lediglich mit dem Aussonderungsrecht des TG schlechthin auseinander, nicht aber mit der Aussonderung speziell einer Gesellschafterstellung. Es ist auch schlecht vorstellbar, wie die Aussonderung der Gesellschafterstellung als solcher vor sich gehen sollte: Das Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO ist ein Anspruch auf Ausscheidung eines zu Unrecht zur Konkursmasse gezogenen Gegenstandes²⁾. Wie wir gesehen haben, wird jedoch gar nicht die Gesellschafterstellung für die Konkursmasse in Anspruch genommen (Gesellschafter bleibt der TH = Gemeinschuldner), sondern lediglich der Auseinandersetzungsanspruch des TH. Zudem würde die "Aussonderung der Gesellschafterstellung" bedeuten, daß der TG Gesellschafter würde, eine Rechtsfolge, die aber - auch bei der Abwicklungsgesellschaft - nur mit Zustimmung aller Gesellschafter eintreten kann. Von diesem Einverständnis der Mitgesellschafter kann man - insbesondere bei einer bisher "verdeckten Treuhand" - keinesfalls ohne weiteres ausgehen. Der TG hätte allenfalls eine "Chance", in die Gesellschaft aufgenommen zu werden, nicht aber ein "Recht" i.S. des § 43 KO.

Als Aussonderungsgegenstand kommt vielmehr lediglich der Anspruch des Gemeinschuldners (= TH) auf das Auseinandersetzungsguthaben in Betracht. Dieser allein wird für die Konkursmasse in Anspruch genommen und nur er kann demnach "aus der Konkursmasse" (§ 43 KO) ausgesondert werden, mit der Begründung, daß er zu Unrecht zur Masse gezogen wurde³⁾. Davon scheint im Grunde auch Westermann trotz seiner oben erörterten Ausdrucksweise auszugehen. Nach seiner Feststellung, daß die Gesellschafterstellung vom TG ausgesondert werden könne, fährt er nämlich fort⁴⁾: "Im übrigen (?) führt m.E. der Konkurs des TH zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausscheiden des TH. Den Liquidationserlös oder das Abfindungsguthaben kann allerdings der TG aussondern".

-
- 1) RGZ 91,12; BGH-NJW 1959,1224 (Diese Entscheidung befaßt sich in erster Linie mit § 771 ZPO, mit dem Aussonderungsrecht nur beiläufig).
 - 2) Mentzel-Kuhn § 43 Anm.1, Jaeger-Lent § 43 Anm. 1
 - 3) Jaeger-Lent § 43 Anm.1
 - 4) Westermann-Hdb. Rdz I 113, § 8 I 1 e.

Für die herrschende Meinung, die als aussonderungsfähig grundsätzlich nur diejenigen Gegenstände ansieht, die der TH unmittelbar aus dem Vermögen des TG erhalten hat ("Unmittelbarkeitsprinzip") ¹⁾, tauchen hier allerdings Schwierigkeiten auf. Es ist nämlich sehr fraglich, ob der nun nach Abwicklung der Gesellschaft auf den TH entfallende Liquidationserlös noch als unmittelbar aus dem Vermögen des TG stammend angesehen werden kann, auch wenn die Gesellschafterstellung ehemals im Wege der Rechtsübertragung unmittelbar vom TG auf den TH übergegangen war. Auf Grund der hier vertretenen Auffassung ergeben sich hingegen nach der Ablehnung des Unmittelbarkeitsprinzips ²⁾ aus diesem Gesichtspunkt keine Bedenken gegen die Anerkennung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben als aussonderungsfähigen Treuguts.

b) Zweifel an der Zulässigkeit der Treugutsaussonderung könnten sich freilich aus § 26 KO ergeben. Dort heißt es, daß bei der Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens "der andere Teil nicht berechtigt (sei), die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen". Das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen TG und TH (Auftrag, Geschäftsbesorgungsverhältnis) ist mit Eröffnung des Konkurses infolge des damit eintretenden Unvermögens des TH zur Erfüllung seiner Verwaltungspflichten (§ 6 I KO) aufgelöst worden ³⁾. Auch ist das Treugut rechtlich in das "Eigentum" des jetzigen Gemeinschuldners übergegangen. Dennoch kann - angesichts des dem TG zugebilligten Aussonderungsrechts - § 26 KO in diesem Falle keine Anwendung finden. Begründet wird die Ausschaltung des § 26 KO zum Teil damit, daß die Treugutsübertragung auf den TH keine "Leistung" i.S. des § 26 KO sei, da der TG mit der Übertragung keine Verbindlich-

1) Vgl. dazu S. 37 ff.

2) Siehe S. 39 ff.

3) Siehe S. 125.

keit gegenüber dem TH erfülle ¹⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß als "Leistung" zwar nur eine zweckgerichtete Vermögensverschiebung anzusehen ist, jedoch die causa solvendi nicht der einzig denkbare Leistungszweck ist ²⁾.

Siebert ³⁾ ist immerhin zuzugeben, daß die Stellung des § 26 KO unter dem Zweiten Titel: "Erfüllung der Rechtsgeschäfte" dafür spricht, die Rechtsfolge des § 26 KO auf die Fälle zu begrenzen, in denen eine Verbindlichkeit des Leistenden bestand.

Vorzuziehen ist allerdings die vom Reichsgericht ⁴⁾ für die Nichtanwendbarkeit des § 26 KO (damals noch: § 21 KO) bei Treugutsaussonderung gegebene Begründung: Die Problematik des § 26 KO wird vom Reichsgericht im Zusammenhang mit der des § 43 KO (damals noch: § 35 KO) erörtert. Nach § 43 sei ein im Eigentum des TH befindlicher Gegenstand an sich nicht aussonderungsfähig. Im Fall eines Treuhandverhältnisses sei aber nicht das formaljuristische Eigentum des TH ausschlaggebend, sondern die "materielle und wirtschaftliche" Zugehörigkeit zum Vermögen des TG. Konsequenterweise könne dann das formale Treuhandeigentum auch nicht als "Eigentum des Gemeinschuldners" i. S. des § 26 KO angesehen werden.

Dem ist beizupflichten. Wenn man schon im Konkursrecht die wirtschaftliche Betrachtungsweise entscheidend sein läßt und somit dem Treugeber ein Aussonderungsrecht zubilligt, so kann die Bestimmung des § 26 KO dem nicht entgegenstehen.

c) Konflikte mit § 51 KO, der den Mitgesellchaftern hinsichtlich ihrer Forderungen aus dem Gesellschaftsverhältnis das Recht auf abgesonderte Befriedigung zubilligt, ergeben sich bei der Aussonderung durch den TG nicht. § 51 KO ist im Zusammenhang mit §§ 4 III, 16 KO zu lesen ⁵⁾; Die Mitgesellchafter verwirklichen ihre auf dem Gesellschaftsverhältnis

1) Schultze JherJb. 43, 23, Fischbach S. 249, mit Einschränkungen auch Siebert S. 222.

2) Vgl. Esser II S. 340 f. (§ 101 II).

3) Siebert S. 222

4) RGZ 45, 81 ff. (85)

5) Jaeger-Lent § 51 Anm. 2

beruhenden Ansprüche beim Vollzug der außerhalb des Konkursverfahrens durchzuführenden Auseinandersetzung¹⁾. Diese Mitgesellschaftersprüche sind also bereits berücksichtigt, wenn der TG den Anspruch auf das aussondert, was dem TH-Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.

Anzumerken ist noch, daß im Falle der Sicherungstreuhand eine Aussonderung durch den TH erst dann in Frage kommt, wenn er den gesicherten Anspruch des TH durch Leistung in die Konkursmasse erfüllt hat²⁾.

d) Die Aussonderung vollzieht sich gemäß § 43 KO nach "den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen". Der TG kann also auf Grund des obligatorischen Treuhandvertrages die Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben verlangen (§§ 670, 675 BGB). Das Aussonderungsbegehren ist gegen den Konkursverwalter zu richten, der den Auseinandersetzunganteil für die Konkursmasse in Anspruch genommen hat³⁾. Kommt es zu einer Aussonderungsklage, so ist auf der Beklagten-seite der Konkursverwalter "Partei kraft Amtes"⁴⁾.

Mit der Aussonderung des Anspruches auf das Auseinandersetzungsguthaben aus der Konkursmasse verliert der Konkursverwalter sein Verfügungs- und Verwaltungsrecht bezüglich dieses Anspruches und somit auch seine Mitwirkungsbefugnis bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft. Das kommt zwar im Gesetz, insbesondere in § 146 III HGB, un-

1) Jaeger-Lent § 51 Anm. 5

2) Palandt-Degenhart Einf. vor § 929 Anm. 7 B b bb, Westermann Sachenrecht § 43 IV 2, Baur § 57 VI 2, Jaeger-Lent § 43 Anm. 41a.

3) Jaeger-Lent § 43 Anm. 56

4) So die "Amtstheorie", vertreten vor allem durch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, z.B.: RGZ 29, 29; 76, 125; 81, 292; in der Literatur: Stein-Jonas-Pohle Anm. II 3 vor § 50, Rosenberg-Schwab § 40 III 1 (a.A. noch die 9., von Rosenberg bearbeitete Auflage), Mentzel-Kuhn § 6 Anm. 24, § 43 Anm. 72, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 C vor § 50. A.A.: die Anhänger der sog. "Vertretertheorie", die den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners, gegenständlich beschränkt auf die Konkursmasse, ./.

mittelbar nicht zum Ausdruck. Die Liquidatorenstellung des Konkursverwalters kraft Amtes gemäß § 146 III HGB findet ihren Grund jedoch in der (regelmäßigen) Zugehörigkeit des Auseinsetzungsanteils des Gemeinschuldners zur Konkursmasse ¹⁾, denn das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Konkursverwalters erstreckt sich gemäß § 6 KO eben nur auf das "zur Konkursmasse gehörige Vermögen" des Gemeinschuldners. Hierzu gehört der Anspruch auf das Auseinsetzungs Guthaben nach erfolgter Aussonderung nicht mehr.

Die Mitwirkungsbefugnis bei der Abwicklung geht jedoch nicht mit der Übertragung des Auseinsetzungsanspruches auf den TG über. Denn weder wird der TG dadurch Mitglied der Abwicklungsgesellschaft noch hat er als Inhaber des Anspruchs auf das Auseinsetzungs Guthaben eo ipso ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Art und Weise der Auseinsetzung. Die Durchführung der Abwicklung ist grundsätzlich allein Sache der Gesellschafter ²⁾. Mitglied der Gesellschaft bis zur "Vollbeendigung" ist aber weiterhin der Gemeinschuldner (=TH). Während der Zugehörigkeit des Auseinsetzungs Guthabens zur Konkursmasse wurde er nur gemäß § 146 III HGB bei der Abwicklung der Gesellschaft durch den Konkursverwalter als "Abwickler kraft Amtes" ³⁾ ersetzt. Man wird nun - nach erfolgter Aussonderung - das Recht auf Mitwirkung bei der Auseinsetzung kraft seiner Gesellschafterstellung wieder dem Gemeinschuldner (=TH) zubilligen müssen. Das gilt trotz Fortdauer des Konkurses. Die Un-

Fortsetzung von S.141 Note 4:

... ansehen. So z.B.: Jaeger-Lent Vorbem. zu §§ 6 - 9, Rosenberg (9. Aufl.) § 39 II 3, Böhle-Stamschräder § 6 Anm.2.

1) Vgl. Weipert § 146 Anm.7, Jaeger-Lent § 16 Anm.9.

2) Hueck OHG S. 474 f., Ritter § 145 Anm.5, Schlegelberger-Geßler § 145 Anm.35; Weipert § 145 Anm.29 hält die Zustimmung des Zessionars des Anspruchs auf das Auseinsetzungs Guthaben dann für erforderlich, wenn eine seinen Anspruch schmälernde Regelung getroffen wird.

3) So Weipert § 146 Anm.7; vgl. auch Dür.-Hach.-Flechtheim § 146 Anm.3.

wirksamkeitsfolge des § 7 KO erfaßt nur solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die sich auf die Konkursmasse beziehen ¹⁾. Verfügungen des Gemeinschuldners über konkursfreies Vermögen sind wirksam (vgl. § 6 I KO). Der Gemeinschuldner kann im Rahmen der Abwicklung auch neue Verbindlichkeiten eingehen, ohne dadurch den Konkurszweck zu gefährden, da die Neugläubiger keine Konkursforderungen erlangen (§ 3 KO) ²⁾, die Masse als Sondervermögen also nicht verpflichtet wird ³⁾. Gegen das Wiederaufleben der Abwicklungszuständigkeit des Gemeinschuldners (=TH) nach Aussonderung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben bestehen also aus konkursrechtlichen Gesichtspunkten keine Bedenken.

Die Gesellschafter können die gesetzlichen Liquidatoren durch sogenannte "gekokorene Liquidatoren" ergänzen oder ersetzen (§§ 146 I, 161 II HGB). Da auch Nichtgesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß zu Abwicklern bestellt werden können, besteht für den TG, nunmehr Inhaber des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben, die Möglichkeit, im Einvernehmen mit den Gesellschaftern ein solches Mitwirkungsrecht bei der Auseinandersetzung zu erlangen. Es ist eine Frage der im Einzelfall getroffenen Vereinbarungen bei Begründung der treuhänderischen Beteiligung an der Gesellschaft, ob der TG nicht sogar einen Anspruch gegen die Gesellschafter auf Bestellung zum Abwickler hat. Denkbar ist das allerdings nur bei der "offenen Treuhand", insbesondere bei der Sicherungsübertragung der Gesellschafterstellung, die - wie alle Gesellschafter von vornherein wußten - nur vorübergehenden Charakter haben sollte ⁴⁾.

2. Fortbestehen der Gesellschaft gemäß § 138 oder § 141 II (§ 161 II) HGB

Der Gesellschaftsvertrag kann das Fortbestehen der Gesellschaft bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters vorsehen

1) RGZ 25,17, Jaeger-Lent § 7 Anm.3, Mentzel-Kuhn § 7 Anm. 3

2) Mentzel-Kuhn § 7 Anm.3

3) Jaeger-Lent § 7 Anm.3

4) Vgl. dazu die auf S. 131 f. gewürdigte Rechtsprechung des BGH zur ./. .

(§ 138 HGB). Das führt zum Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters aus der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Eine solche gesellschaftsvertragliche Regelung liegt gerade für den Fall nahe, daß ein Mitgesellschafter, der lediglich treuhänderisches Mitglied ist, in Konkurs fällt.

Die gleiche Rechtsfolge kann durch Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter auf Grund eines nachträglich gefaßten Fortsetzungsbeschlusses der übrigen Gesellschafter erreicht werden (§ 141 II HGB). In diesem Fall kommt es allerdings zunächst mit Konkurseröffnung zur (vorübergehenden) Auflösung der Gesellschaft und nicht zum sofortigen Ausscheiden des in Konkurs gefallenen Gesellschafters ¹⁾. Nach § 141 II HGB gilt aber der betreffende Gesellschafter als bereits mit der Konkurseröffnung ausgeschieden. Für das Abfindungsguthaben ist also der Zeitpunkt der Konkurseröffnung maßgeblich.

Beide Regelungen führen dazu, daß der Anspruch des Gemeinschuldners auf das Abfindungsguthaben (§§ 738 I S.2 BGB, 105 II, 161 II HGB) in die Konkursmasse fällt ²⁾. Die Berechnung dieses Abfindungsguthabens auf Grund einer Abschichtungsbilanz ist als "Auseinandersetzung" im Sinne des § 16 KO anzusehen ³⁾, findet also außerhalb des Konkursverfahrens statt. Bei der Aufstellung der Bilanz wirkt anstelle des ausgeschiedenen Gesellschafters der Konkursverwalter mit ⁴⁾.

Auch im Fall der §§ 138, 141 II HGB kann der TH nicht "die Gesellschaftstellung" (das eigentliche Treugut) aussondern. Wie im Falle der Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Nr.5 HGB) scheitert dies daran, daß die Gesellschaftstellung nicht für die Konkursmasse in Anspruch genommen wird. Sie ist vielmehr bereits mit Konkurseröffnung untergegangen (§ 138

Fortsetzung von S. 143 Note 4:

... Rückübertragung der Mitgliedschaft vom Sicherungsnehmer auf den Sicherungsgeber (BGH-NJW 1965, 1376).

1) Dür. -Hach. -Flechtheim § 141 Anm. 6, Schlegelb. -Geßler § 142 Anm. 12

2) Jaeger-Lent § 16 Anm. 1, 4, 9, Schlegelb. -Geßler § 142 Anm. 12

3) Jaeger-Lent § 16 Anm. 1

4) Schlegelb. -Geßler § 138 Anm. 23

HGB) oder zumindest als untergegangen anzusehen (§ 141 II HGB). Zudem ist die Erlangung der Gesellschafterstellung ohne Zustimmung der Gesellschafter nicht möglich. Aussonderungsfähig ist vielmehr auch hier der Abfindungsanspruch des Gemeinschuldners (=TH). Die Aussonderung vollzieht sich entsprechend der des Auseinandersetzungsanspruches. Es kann daher insoweit auf die obigen Ausführungen ¹⁾ verwiesen werden.

3. Es ist also festzuhalten, daß der TG, der seine Gesellschafterstellung ohne Vereinbarung einer entsprechenden auflösenden Bedingung auf einen TH überträgt, im Falle des Konkurses des TH keine Möglichkeit hat, im Wege der Aussonderung die Gesellschafterstellung auch rechtlich wieder an sich zu ziehen. Er erhält im Wege der Aussonderung lediglich den vermögensmäßigen Wert der Gesellschaftsbeteiligung, also den Anspruch auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben. Liquidator der aufgelösten (§ 131 Nr. 5 HGB) oder Gesellschafter der fortbestehenden Gesellschaft kann er nur werden, wenn ihm die Gesellschafter diese Stellung einräumen. Ein Anspruch des TG auf entsprechende Zustimmung kann sich allerdings aus den Umständen des Einzelfalles ergeben ²⁾.

II. Der TG hat ein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb der Gesellschafterstellung

Das Interesse des TG, mit dem Unmöglichwerden weiterer treuhänderischer Verwaltung der Mitgliedschaft durch den TH und damit dem Ende des obligatorischen Treuhandverhältnisses selbst Gesellschafter zu werden, wird - wie sich gezeigt hat - durch das Aussonderungsrecht des TG allein nicht befriedigt, weil nur der Anspruch auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben ausgesondert werden kann. Auch im Falle des Konkurses des TH-Gesellschafters kann der TG nur dann ohne

1) Siehe S. 141 ff.

2) Vgl. auch S. 115.

zusätzlichen Aufnahmeakt der Gesellschafter die Gesellschafterstellung erlangen, wenn er ein Anwartschaftsrecht an der Teilhaberschaft hat, das mit Eintritt der Konkursöffnung (auflösende oder aufschiebende Bedingung ¹⁾) zum Vollrecht wird.

Die Zulässigkeit einer aufschiebend oder auflösend bedingten Übertragung einer Gesellschafterstellung im allgemeinen wurde bereits dargelegt ²⁾. Bedenken aus konkursrechtlicher Sicht könnte man allerdings gegen eine Vereinbarung haben, die zu einem automatischen Übergang der Gesellschafterstellung mit Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters führen soll.

a) Ob § 26 KO zur Anwendung kommt, wenn nach dem Vertrag die Konkursöffnung schlechthin zur auflösenden Bedingung einer Eigentums- (Rechts-)übertragung gemacht wird, ist streitig ³⁾. Diese Kontroverse kann jedoch hier auf sich beruhen: Handelt es sich bei dem unter der auflösenden Bedingung der Konkursöffnung auf den späteren Gemeinschaftsdner übertragenen Gegenstand um Treugut, so bleibt eine Anwendbarkeit des § 26 KO auf jeden Fall außer Betracht. Es kann nicht Sinn und Zweck des § 26 KO sein, den Rückfall von Gegenständen an den TG zu verhindern, die ohnehin einem Aussonderungsrecht des TG unterliegen würden. Ebensovienig wie § 26 KO einem Aussonderungsrecht des TG entgegensteht ⁴⁾, verhindert er den Rückfall des Treuguts auf den TG mit Konkursöffnung, falls dieser Umstand zur auflösenden Bedingung der Treugutsübertragung gemacht worden war. Mit dem Reichsgericht ist vielmehr da-

1) Siehe S. 48 ff.

2) Siehe S. 50 ff.

3) Für die Anwendbarkeit des § 26 KO auf solche Fälle: Jaeger-Lent § 26 Anm.15, der allerdings einräumt, daß es sich um einen Zweifelsfall handle.

Gegen die Anwendbarkeit des § 26 KO: Böhle-Stamschräder § 26 Anm.4. Nicht ganz klar sind zu diesem Punkte die Ausführungen von Mentzel-Kuhn § 26 Anm.4.

4) Siehe S. 139 f.

von auszugehen ¹⁾, daß das Treugut, ebenso wie man es in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als "dem Gemeinschuldner (=TH) nicht gehörigen Gegenstand" im Sinne des § 43 KO ansieht, auch nicht als "in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen" im Sinne des § 26 KO gelten kann ²⁾.

b) § 15 KO kann den Übergang der Gesellschafterstellung auf den TG bei Konkurseröffnung schon deshalb nicht ausschließen, weil es sich nicht um einen Erwerb nach Konkurseröffnung handelt, sondern um einen Rechtsübergang mit Eröffnung des Konkursverfahrens (§ 158 BGB).

Aber auch wenn man diese Begründung für zu formalistisch hält, kommt man zum gleichen Ergebnis: Die Erstarkung der Anwartschaft des bedingt Berechtigten zum Vollrecht nach Konkurseröffnung gilt nicht als Rechtserwerb im Sinne des § 15 KO ³⁾. § 161 I S.2,II BGB, der den Anwartschaftsberechtigten vor Verfügungen des Konkursverwalters schützt, hat nur Sinn, wenn man § 15 KO in dieser Weise auslegt. Dann aber kann der Fall, daß der Eintritt der Bedingung und damit der Rechtsübergang mit der Eröffnung des Konkursverfahrens zusammenfallen, erst recht nicht von § 15 KO erfaßt werden.

Hat also der TG die Gesellschafterstellung unter der auflösenden Bedingung der Konkurseröffnung beim TH auf diesen übertragen, so wird

-
- 1) RGZ 45, 81 ff. (85); siehe auch Jaeger-Lent § 26 Anm. 3, die sich auf diese Entscheidung berufen.
 - 2) Siehe S. 140. Gegen die Anwendbarkeit des § 26 KO auf auflösend bedingt übertragenes Treugut auch Siebert S. 220 ff. (222), allerdings mit abweichender Begründung. Liebich S. 206 Note 4 verweist zur Begründung seiner mit dem hier gefundenen Ergebnis übereinstimmenden Meinung auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 145, 253 (255, 257). In diesem Urteil geht es jedoch nicht um den Rückfall des Treuguts vom TH auf den TG bei Konkurseröffnung über das Vermögen des TH. Vielmehr fällt im zugrunde liegenden Fall nicht der TH in Konkurs, sondern derjenige, der das Treugut dem TH zur Durchführung eines Treuhandvergleiches übertragen hatte.
 - 3) RG-HRR 37, 550, BGH-LM Nr. 1 zu § 15 KO, Jaeger-Lent § 15 Anm. 13, Mentzel-Kuhn § 15 Anm. 10, Böhle-Stamschräder § 15 Anm. 4.

der TG mit Konkurseröffnung über das Vermögen des TH anstelle des TH Gesellschafter (§ 158 II BGB). Dasselbe gilt, wenn der TH seine von vornherein bestehende oder durch Dritterwerb oder Teilnahme an der Gründung erlangte Gesellschafterstellung unter der gleichen aufschiebenden Bedingung auf den TG übertragen hat ¹⁾. Gesellschaftsrechtliche Bedenken bestehen gegen diesen "automatischen" Gesellschafterwechsel nicht ²⁾.

Der mit Bedingungseintritt ausgeschiedene TH hat keinen Anspruch auf eine Abfindung, da der TG als sein Rechtsnachfolger vollständig in seine Rechtsstellung eingetreten ist ³⁾ und damit auch seine vermögensrechtlichen Ansprüche übernommen hat. Daher kann auch ein Anspruch auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben nicht in die Konkursmasse fallen, sondern lediglich die aus dem obligatorischen Treuhandverhältnis sich ergebenden Ansprüche des TH gegen den TG.

c) Eine Auflösung der Gesellschaft nach § 131 Nr. 5 (§ 161 II) HGB kommt nicht in Betracht. Man könnte hier damit argumentieren, daß sich der Gesellschafterwechsel eine "juristische Sekunde" vor der Konkurseröffnung vollziehe und somit der Fall des § 131 Nr. 5 HGB gar nicht eintrete. Vorzuziehen ist jedoch folgende Begründung: Die mit Konkurseröffnung über das Vermögen des TH zum Vollrecht erstarkende Anwartschaft des TG auf die Gesellschafterstellung - die Anwartschaft gehört zum Inhalt des Gesellschaftsvertrages ⁴⁾ - bedeutet eine den § 131 Nr. 5 HGB ausschließende Bestimmung im Sinne des § 138 HGB. Der Wortlaut des § 138 HGB, daß die Gesellschaft "unter den übrigen Gesellschaftern" fortbestehen solle, hindert die Gesellschafter nicht daran, gleichzeitig mit dem Ausscheiden des alten Gesellschafters einen neuen Gesellschafter aufzunehmen ⁵⁾. In der Regel ergeben sich allerdings im Fall des Konkurses

1) Vgl. S. 49.

2) Vgl. S. 50 f.

3) Dür.-Hach.-Flechtheim § 130 Anm. 6, Hueck OHG S. 397 f.

4) Vgl. S. 50 f.

5) Vgl. z.B. Weipert § 138 Anm. 7.

des Ausscheidenden Bedenken gegen einen Gesellschafterwechsel im Wege der Rechtsübertragung mit der Folge, daß alle vermögensrechtlichen Ansprüche des ausscheidenden (in Konkurs gefallenen) Gesellschafters auf den Rechtsnachfolger übergehen und die Konkursgläubiger somit benachteiligt werden ¹⁾. Es wäre zu prüfen, ob nicht die konkursrechtlichen Anfechtungsvorschriften anzuwenden sind. Die eben vorgetragenen Bedenken können aber dann nicht eingreifen, wenn - wie hier - der ausscheidende Gesellschafter (=Gemeinschuldner) lediglich treuhänderischer Teilhaber war und der TG ohnehin berechtigt wäre, den Anspruch auf das Abfindungsguthaben aus der Konkursmasse auszusondern. Infolgedessen kann in unserem Fall von einer Schädigung der Gläubiger des Gemeinschuldners (=TH) keine Rede sein. Der Vereinbarung, daß der TG mit Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des TH diesen als Gesellschafter ablösen soll, steht also auch aus konkursrechtlicher Sicht nichts entgegen.

J) Der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft

I. Unmittelbare Auswirkungen der Konkurseröffnung

Die vorangegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß im Falle eines persönlichen Konkurses des TH-Gesellschafters der TG die Möglichkeit hat, den wirtschaftlich zu seinem Vermögen zählenden Anspruch des TH-Gesellschafters gegen die OHG auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben auszusondern, falls nicht sogar auf Grund einer entsprechenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag (bedingter Gesellschafterwechsel) mit Konkurseröffnung der TG selbst anstelle des TH Gesellschafter wird.

1) Ähnlich die Problematik des (teilweisen) Ausschlusses des Abfindungsanspruches eines gemäß § 138 HGB ausscheidenden Gemeinschuldners. Hierzu ausführlich: Weipert § 138 Anm. 31, Schlegelb.-Geßler § 138 Anm. 27 ff.

Aber nicht nur der persönliche Konkurs des TH-Gesellschafters, sondern auch der Gesellschaftskonkurs ist geeignet, dem TG den Vermögenswert des Treuguts zu entziehen, da dieser vom Wert des konkursbefangenen Gesellschaftsvermögens abhängt. Denn die Mitgliedschaft als Treugut reduziert sich im Konkurs der Gesellschaft wegen der dadurch bewirkten Auflösung der Gesellschaft (§§ 131 Nr. 3, 161 II HGB) auf den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Ob dem Schutzinteresse des TG im Falle des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft in ähnlicher Weise entsprochen werden kann wie beim Konkurs des TH-Gesellschafters, soll im folgenden untersucht werden.

Nach § 209 KO findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer OHG oder KG ein selbständiges Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen statt. Durch die Eröffnung des Konkurses wird die Gesellschaft zwingend ¹⁾ aufgelöst (§§ 131 Nr. 3, 161 II HGB), und zwar ohne weiteres mit Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses (§ 108 KO) ²⁾. Gleichzeitig geht das Verfügungs- und Verwaltungsrecht bezüglich des Gesellschaftsvermögens auf den Konkursverwalter über (§ 6 KO). Dem TH ist damit die Möglichkeit genommen, das Treugut weiterhin der Treuhandvereinbarung entsprechend zu verwalten. Das obligatorische Treuhandverhältnis als causa der Treugutsübertragung endet wegen Unmöglichkeit der weiteren Verwaltungstätigkeit des TH-Gesellschafters ³⁾. Der TG wird darauf bedacht sein, sich das Treugut zu sichern.

Hierbei wird es für den TG wenig erstrebenswert sein, nun nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses die Gesellschafterstellung zu erlangen. Denn er könnte dadurch sein in der Gesellschaft gebundenes Vermögen nicht der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Konkursverwalters und schließlich der konkursrechtlichen Verwertung entziehen, und auch eine spätere

1) Dür.-Hach.-Flechtheim § 131 Anm. 6, Schlegelb.-Geßler § 131 Anm. 20, Hueck OHG S. 382, Westermann-Hdb. Rdz. I 609, § 42 I 2.

2) Dür.-Hach.-Flechtheim § 131 Anm. 6

3) Vgl. oben S. 125.

Fortsetzung der Gesellschaft wäre nur in Ausnahmefällen zu erwarten (vgl. § 144 HGB) ¹⁾.

Das Interesse des TG wird eher dahin gehen, vor einer Inanspruchnahme des gesamten Gesellschaftsvermögens durch die Konkursgläubiger den zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestehenden Vermögenswert der treuhänderischen Beteiligung aus der Konkursmasse auszusondern.

II. Die Rechtsstellung des TG im Hinblick auf die Sicherung des Treuguts

Die Frage nach den Rechten des TG, falls die Gesellschaft, an der er durch einen TH mittelbar beteiligt ist, in Konkurs fällt, ist bisher - soweit ersichtlich - weder im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum noch in der Literatur zum Treuhandrecht gestellt worden. Westermann ²⁾ erwähnt zwar den Konkurs des TH-Gesellschafters und den Konkurs des TG, nicht aber den Gesellschaftskonkurs, während Wolff ³⁾ den Fall des Gesellschaftskonkurses zwar kurz andeutet, ohne jedoch auf mögliche Rechtsbehelfe des TG einzugehen.

1. Ein Aussonderungsrecht des TG im Gesellschaftskonkurs erscheint schon deshalb fraglich, weil es sich hier nicht um einen Konkurs des TH handelt, sondern um ein von einem Gesellschafterkonkurs zu unterscheidendes selbständiges Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen ⁴⁾. Im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft, die keine juristische

1) Aus diesem Grund kann hier auch die Möglichkeit außer Betracht bleiben, die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses als Bedingung für den Übergang der treuhänderischen Gesellschafterstellung auf den TG zu vereinbaren.

2) Westermann-Hdb. Rdz. I 113, § 8 I 1 e

3) Wolff S. 89

4) Westermann-Hdb. Rdz. I 709, Schlegelb.-Geßler § 144 Anm. 3.

Person ist, sind alle Gesellschafter in ihrer Verbundenheit Gemeinschaftsgläubiger, also auch der TH-Gesellschafter, wenn auch nur mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen¹⁾. Insofern ist also der TH-Gesellschafter durchaus auf der Schuldnerseite am Gesellschaftskonkurs beteiligt, und zwar gegenständlich beschränkt auf seine Beteiligung an der Gesellschaft, also auf das Treugut. Eine Ablehnung des Aussonderungsrechts des TG allein deshalb, weil es sich hier nicht um einen Konkurs des TH handelt, sondern um den Konkurs des Personenverbandes, dem dieser angehört, würde nicht überzeugen. Denn das entscheidende Argument für das dem TG im Konkurs des TH zugebilligte Recht zur Treugutsaussonderung ist nicht darin zu sehen, daß Gemeinschaftsgläubiger der TH persönlich ist, sondern darin, daß das wirtschaftlich zum Vermögen des TG zählende Treugut für eine fremde Konkursmasse in Anspruch genommen wird²⁾. Eine solche Lage wird nicht nur durch den persönlichen Konkurs des TH-Gesellschafters, sondern auch durch den Gesellschaftskonkurs hervorgerufen: Konkursmasse ist das gesamte Gesellschaftsvermögen, durch die Verwertung des Gesellschaftsvermögens wird auch der Vermögenswert der treuhänderischen Beteiligung, des wirtschaftlich dem TG zuzurechnenden Treuguts, beeinträchtigt.

2. Bei der Frage nach einem Aussonderungsrecht des TG im Konkurs der Gesellschaft liegt andererseits das Argument nahe, daß die Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine solche Schmälerung des Gesellschaftsvermögens nach Konkurseröffnung beeinträchtigt und so in ihrem Vertrauen auf die vorhandenen Kreditgrundlagen enttäuscht werden dürften.

a) Die Gläubigerbenachteiligung als Kehrseite des TG-Schutzes ist ein allgemeines, aus der quasi-dinglichen Rechtsstellung des TG im Falle des vollstreckungsrechtlichen Zugriffs auf das Treugut sich erge-

1) BGHZ 34, 297, Dür.-Hach.-Flechtheim § 144 Anm. 2, Hueck OHG S. 384, Pagenstecher-Grimm S. 222 (§ 67 II).

2) Jaeger-Lent § 43 Anm. 41a

bendes Problem, das übrigens auch durch das von der h.M. vertretene Unmittelbarkeitsprinzip¹⁾ nicht sachgerecht gelöst werden kann. Nicht die Tatsache also, daß die den Konkursgläubigern zur Befriedigung dienende Vermögensmasse betroffen wird - das ist bei jeder Aussonderung der Fall -, sondern allenfalls der Umstand, daß es sich hier bei den Konkursgläubigern um Gläubiger einer Personalhandels-gesellschaft handelt, könnte unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes ein Aussonderungsrecht des TG ausschließen. Der Gläubigerschutz ist im Recht der Personalhandels-gesellschaften zwar stark ausgeprägt, er geht aber nicht dahin, daß den Gesellschaftsgläubigern ein bestimmter Stand des Gesellschaftsvermögens garantiert wird. Im Einvernehmen aller Gesellschafter sind etwa Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen in beliebiger Höhe zulässig (a. e. c. aus § 122 II HGB)²⁾. Auch die Vorschrift des § 155 I HGB, die von einer Verteilung des Gesellschaftsvermögens "nach Be-richtigung der Schulden" spricht, ist keine Schutzvorschrift zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, sondern dient lediglich dem Interesse der Gesellschafter, in möglichst hohem Maße von ihrer persönlichen Haftung freizuwerden³⁾. Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger findet seine Ausgestaltung vielmehr darin, daß die Gläubiger sich auf die persönliche Haftung aller zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit beteiligten Gesellschafter verlassen können⁴⁾.

Das gilt grundsätzlich auch für die KG bezüglich der Hafteinlagen der Kommanditisten: Den Gläubigern wird nicht garantiert, daß die Kommanditeinlagen in das Gesellschaftsvermögen geleistet werden und darin verbleiben, sondern daß anderenfalls die unmittelbare persönliche Haftung der Kommanditisten eingreift (§§ 171 I, 172 IV HGB). Allerdings gibt es hier für den Fall des Gesellschaftskonkurses die Sondervorschrift des

1) Vgl. oben S. 37 ff.

2) Vgl. etwa Dür.-Hach.-Flechtheim § 122 Anm.12, Schlegelb.-Geßler § 122 Anm.12.

3) Hueck OHG S. 508, Schlegelb.-Geßler § 155 Anm.2

4) Schlegelb.-Geßler § 155 Anm.2

§ 171 II HGB, die dem Konkursverwalter das Recht einräumt, etwa noch nicht geleistete Kommanditeinlagen zur Konkursmasse einzuziehen, während die Gesellschaftsgläubiger für die Dauer des Konkurses nicht mehr gegen die betreffenden Kommanditisten vorgehen können ¹⁾. Auch diese Bestimmung ist indes kein Anzeichen dafür, daß den Gesellschaftsgläubigern ein bestimmter Bestand des Gesellschaftsvermögens gewährleistet sein soll. Zum einen gilt sie nur für den (Ausnahme-)Fall, daß bei Gesellschaftskonkurs die Kommanditeinlagen noch nicht geleistet worden sind, zum andern will sie lediglich eine einseitige Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers auf Kosten der anderen verhindern ²⁾.

Auch aus einer älteren Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. November 1918 - Rep. VII 202/18 - ³⁾ geht hervor, daß - nach Auffassung dieses Gerichts - die Aussonderung eines Vermögensgegenstandes aus dem konkursbefangenen Gesellschaftsvermögen einer OHG nicht an dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes scheitert. In dieser Entscheidung wurde die Aussonderung durch einen TG aus dem Vermögen einer in Konkurs gefallenen OHG ausdrücklich nur deshalb für unzulässig angesehen, weil es sich bei dem Aussonderungsgegenstand (Geld) nicht mehr um das ursprüngliche Treugut (Maschineninventar) handelte, also das von der Rechtsprechung aufgestellte Erfordernis der Unmittelbarkeit nicht gegeben war.

b) Diese Überlegungen allein können jedoch die Bejahung eines Aussonderungsrechts des TG nicht rechtfertigen. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, daß eine konkursmäßige Verwertung des Treuguts dem konkreten Treuhandzweck zuwiderlaufen würde. Dieser Einschränkung des Treugeberschutzes bei der Vollstreckung in das Treugut wird im Schrifttum offenbar nur geringe Bedeutung beigemessen. Wenn dieser

1) Dür.-Hach.-Flechtheim § 171 Anm.15, Schlegelb.-Geßler § 171 Anm.30

2) Dür.-Hach.-Flechtheim § 171 Anm.15, Weipert § 171 Anm.35, Schlegelb.-Geßler § 171 Anm.31.

3) RGZ 94, 305(307). Neuerdings hat der BGH in einem Urteil vom 14. 1. 1969 - VI ZR 191/67 - für den Fall einer GmbH entschieden, daß die der GmbH treuhänderisch übertragene Forderung vom TG bei Konkurs der GmbH ausgesondert werden könne.

Gesichtspunkt überhaupt erwähnt wird, dann zur Frage der Drittwiderspruchsklage in der Einzelzwangsvollstreckung ¹⁾ und nur als schlichte Feststellung unter Hinweis auf das Urteil des BGH vom 7. April 1959 - VIII ZR 129/57 - ²⁾. In dessen Leitsatz heißt es, daß "der Widerspruch des Verwalters im Konkursverfahren über das Vermögen des Treugebers gegen eine Zwangsvollstreckung in Treugut (...) wegen einer Forderung gegen den Treuhänder ... sich dann als mißbräuchliche Rechtsausübung darstellen (kann), wenn die Pfändung nicht dem treuhänderischen Zweck des Treuguts zuwiderläuft ...". In den Urteilsgründen wird dieser Gedanke näher erläutert: "Es handelt sich darum, ob der Treugeber mit der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO der Pfändung einer Forderung, die formell dem Treuhänder zusteht, auch dann entgegen treten kann, wenn im Zeitpunkt der Pfändung in das Treugut auf Grund eines Titels gegen den Treuhänder dieses dazu bestimmt war, auch die Forderung des Gläubigers zu befriedigen" ³⁾. Diese Frage wird vom BGH zwar unter Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz offengelassen, aus dem Gesamtinhalt der Gründe läßt sich jedoch unschwer die Neigung des BGH ablesen, diese Frage zu verneinen.

Wenn man sich vor Augen führt, daß dem TG das Drittwiderspruchsrecht bei Zwangsvollstreckung in das Treugut letztlich aus Billigkeitsgründen gewährt wird ⁴⁾, wird ohne weiteres klar, daß dieses Recht dann nicht ausgeübt werden kann, wenn das Treugut nach der Treuhandabrede unter anderem auch zur Verwertung durch den vollstreckenden Gläubiger zur Verfügung stehen sollte. Dieser Gesichtspunkt läßt sich ohne Zwang auf das Aussonderungsrecht des TG im Konkurs übertragen: Ist das Treugut von vornherein durch Inhalt und Zweck des Treuhandverhältnisses unter anderem auch zur Befriedigung derjenigen bestimmt, die jetzt als Kon-

1) Schönke-Baur S.188 (§ 44 II 1 b), Mohrbutter S. 97

2) BGH-NJW 1959,1223

3) BGH-NJW 1959,1225

4) Vgl. oben S.41.

kursgläubiger auftreten, so kann ein Aussonderungsrecht des TG nicht in Frage kommen.

Für unseren Fall der treuhänderischen Beteiligung an einer Personalhandels-gesellschaft sind die erörterten Gedanken für die Frage des Aussonderungsrechts des TG beim Gesellschaftskonkurs von Bedeutung. Soll derjenige, der sich die Gesellschaftsbeteiligung durch einen TH vermitteln läßt, von dem mit dieser Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Risiko freigestellt werden, indem man ihm als wirtschaftlich Beteiligtem das Recht gewährt, im Konkurs der Gesellschaft einen Betrag auszusondern, der dem wirtschaftlich seinem Vermögen zuzurechnenden Beteiligungswert entspricht ?

Grundsätzlich kann man davon ausgehen, daß eine Verwertung des Treuguts durch Gläubiger des TH dem Sinn und Zweck des Treuhandverhältnisses widersprechen würde ¹⁾. Das ist auch hier der Fall, wenn Privatgläubiger des TH-Gesellschafters Zugriff auf die treuhänderische Beteiligung nehmen wollen ²⁾. Steht jedoch die Verwertung des Anteilswertes durch Gesellschaftsgläubiger im Wege des Gesellschaftskonkurses zur Frage, so hält sich dies im Rahmen des Treuhandzweckes. Besteht das Treugut in einer Gesellschaftsbeteiligung, so ist die Inanspruchnahme des Vermögenswertes des Treuguts zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger eine notwendige Konsequenz aus der Art des Objekts dieses Treuhandverhältnisses. Diese Auswirkung muß der TG bei Vereinbarung eines solchen Treuhandverhältnisses von vornherein in Rechnung stellen. Ihm fließen auf Grund der Treuhandabrede letztlich auch die auf die treuhänderische Beteiligung entfallenden Gewinne zu. Ein Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das im Gesellschaftsvermögen enthaltene "wirtschaftliche Eigentum" des TG widerspricht somit nicht dem vereinbarten Treuhandzweck, sondern kommt im Gegenteil der Treuhandvereinbarung insofern entgegen, als das wirtschaftliche Risiko der Beteiligung nicht der TH-Gesellschafter, sondern der TG tragen soll.

1) Vgl. Pagenstecher-Grimm S. 7.

2) Vgl. oben S. 136 ff. zum Privatkonkurs des TH-Gesellschafters.

3. Dafür, daß der TG zwar den Zugriff der Privatgläubiger des TH-Gesellschafters, nicht aber den der Gesellschaftgläubiger auf das Treugut abwehren kann, spricht auch folgende Überlegung: Das fiduziarische Rechtsverhältnis verschafft dem TH durch die Vollrechtsübertragung des Treuguts eine über den Treuhandzweck hinausgehende Rechtsmacht. Das Aussonderungs- und Drittwiderspruchsrecht des TG sollen die aus dieser "überschießenden" Vollrechtsstellung des TH sich ergebenden Folgen in Konkurs und Einzelzwangsvollstreckung aus Billigkeitsgründen zugunsten des TG verhindern¹⁾. Diese Berücksichtigung der Treugeberinteressen darf jedoch nicht so weit gehen, daß der TG besser steht, als wenn die formale Rechtsinhaberschaft der wirtschaftlichen Zugehörigkeit entspräche, der TG selbst also rechtlich Inhaber des Treuguts wäre. Das heißt mit anderen Worten: Der TG ist dann nicht widerspruchs- und aussonderungsberechtigt, wenn er bei eigener Rechtsinhaberschaft bezüglich des Treuguts im konkreten Fall den Zugriff dieser Gläubiger auf das Treugut ebenfalls dulden müßte. Für unseren Fall bedeutet das: Der TG könnte, falls er anstelle des TH auch rechtlich Inhaber des Treuguts, also Gesellschafter, wäre und der "TH" lediglich Ermächtigter, zwar den Privatgläubigern des TH, nicht aber den Gesellschaftsgläubigern den Zugriff auf die Gesellschaftsbeteiligung verwehren. Entsprechend ist bei fiduziarischer Rechtsgestaltung dem TG das Widerspruchsrecht oder Aussonderungsrecht nur dann zu gewähren, wenn Privatgläubiger des TH-Gesellschafters die treuhänderische Beteiligung verwerten wollen, nicht aber dann, wenn Gesellschaftsgläubiger Zugriff auf die Beteiligung nehmen.

Dem TG kann somit bei Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft nicht das Recht eingeräumt werden, das auszusondern, was dem TH-Gesellschafter bei einer Auseinandersetzung im Zeitpunkt der Konkursöffnung zukommen würde.

Der TG wird auch nicht Konkursgläubiger, da er keine Forderung gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen den Gesellschafter hat (§§ 667, 675 BGB). Der TG kann sich also nur an seinen TH halten und dessen Anteil

1) Schönke-Baur S.283, § 60 II 3 a aa

an etwaigen nach Beendigung des Konkursverfahrens noch bestehenden Überschüssen sowie gegebenenfalls dessen Ausgleichsansprüche gegen Mitgesellschafter herausverlangen.

K) Die Zwangsvollstreckung in die Gesellschaftsbeteiligung des TH-Gesellschafters

Neben den Fällen des Konkurses über das Vermögen des TH-Gesellschafters oder das Vermögen der Gesellschaft gibt auch die Einzelzwangsvollstreckung in die Beteiligung des TH-Gesellschafters Anlaß, sich über die Frage des Treugeberschutzes Gedanken zu machen. Der TG hat ein Interesse daran, daß der wirtschaftlich ihm zuzurechnende Vermögenswert der treuhänderischen Beteiligung nicht zur Befriedigung von Gläubigern des TH-Gesellschafters verwendet wird.

Nach einhelliger Auffassung steht im allgemeinen bei Treuhandverhältnissen dem TG das Widerspruchsrecht nach § 771 I ZPO zu, wenn Gläubiger des TH in das Treugut vollstrecken ¹⁾, wenn auch nach herrschender Meinung nur unter den Voraussetzungen, die sich aus dem Unmittelbarkeitsprinzip ergeben ²⁾. Für den hier zu untersuchenden Sonderfall, daß das Treugut in einer Gesellschaftsbeteiligung besteht, fehlt es jedoch an einer Darstellung der Problematik, die auf die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten eingeht ³⁾. Es ist zu fragen, was eigentlich

1) Z.B.: RGZ 79, 121; 84, 214; 153, 366; BGH-NJW 1959, 1223, Stein-Jonas-Schönke § 771 II 1 a, Rosenberg § 185 III 2 b β, Schönke-Baur § 44 II 1b, Bruns S. 65, Baumbach-Lauterbach § 771 Anm. 6, Palandt-Degenhart Einf. vor § 929 Anm. 7 B b.

2) Vgl. oben S. 37 ff.

3) W. Müller stellt in ihrer Dissertation auf S. 128 ohne nähere Erörterung fest, daß der TG (Sicherungsgeber) bei "Pfändung des Gesellschaftsanteils" durch Gläubiger des TH-Gesellschafters (Sicherungsnehmers) die Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO erheben könne, wenn er den Sicherungsnehmer befriedige. Bei Westermann-Hdb. Rdz. I 113 (§ 8 I 1 e) heißt es im Rahmen der Untersuchungen zur treuhände- ./.

unter einer "Vollstreckung in die Gesellschaftsbeteiligung" (= in das Treugut) zu verstehen ist. Vor allem aber bleibt zu untersuchen, ob man zu verschiedenen Ergebnissen kommt, je nachdem ob (Nur-)Privatgläubiger des TH-Gesellschafters die Vollstreckung betreiben oder Gesellschaftsgläubiger, welche die persönliche Haftung des TH-Gesellschafters nach §§ 128 (161 II) HGB in Anspruch nehmen.

I. Zwangsvollstreckung durch Privatgläubiger des TH-Gesellschafters

1. Dem TG wird im allgemeinen ein Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO zugebilligt, wenn durch Gläubiger des TH in das Treugut vollstreckt wird. Das Treugut ist hier die Beteiligung an der Personalhandels-gesellschaft, also weder ein körperlicher Gegenstand (vgl. §§ 808 ff. ZPO) noch ein subjektives Recht (§§ 828 ff., 857 ff. ZPO), sondern die gesamte Rechtsstellung in einem Rechtsverhältnis ¹⁾.

Für eine Pfändung kommen zunächst die einzelnen Vermögensrechte in Frage, die aus diesem Rechtsverhältnis für den TH-Gesellschafter entspringen. Man kann in diesen Fällen die Drittwiderspruchsklage nicht mit dem formalen Argument ablehnen, daß das Vollstreckungsobjekt nicht das Treugut schlechthin, sondern nur ein vermögensrechtlicher Bestandteil des Treuguts sei. Denn der Grund für das Drittwiderspruchsrecht des TG liegt gerade in der vermögensmäßigen Zurechnung des Treuguts an den TG. Der TG soll verhindern können, daß Gläubiger des TH Gegenstände verwerten, die wirtschaftlich zu seinem (des TG) Vermögen

Fortsetzung von S. 158 Note 3:

... rischen Gesellschafterstellung lediglich: "In der Einzelzwangsvollstreckung können etwa den am Treuhandverhältnis Beteiligten Widerspruchsrechte zustehen, wenn von einem Dritten in das Treugut vollstreckt wird."

1) Vgl. oben S. 20 ff.

zählen. Dazu gehören hier alle aus der Gesellschaftsbeteiligung des TH-Gesellschafters sich ergebenden Vermögensrechte.

a) Als Vollstreckungsakt, der ein Widerspruchsrecht des TG begründen könnte, kommt vor allem die in § 135 HGB erwähnte Pfändung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben in Betracht. Die Pfändbarkeit dieses Anspruchs ergibt sich aus §§ 851 I ZPO i.V.m. 717 S.2 BGB. Diese Vollstreckungsmöglichkeit ist für die Privatgläubiger des TH-Gesellschafters deshalb von besonderer Bedeutung, weil sie gemäß § 135 HGB unter bestimmten weiteren Voraussetzungen die Gesellschaft kündigen und somit die Fälligkeit des Anspruches auf das Auseinandersetzungsguthaben herbeiführen können.

b) Daneben sind die übrigen in § 717 S.2 BGB genannten Vermögensrechte des TH-Gesellschafters pfändbar (§ 851 I ZPO). Ihre Verwertung allein wird aber häufig nicht zur vollen Befriedigung des vollstreckenden Gläubigers führen.

c) Schließlich spricht das Gesetz in § 725 I BGB und § 859 I S.1 ZPO von der Pfändung des "Anteils am Gesellschaftsvermögen". Die wegen §§ 851 I (857 I) ZPO i.V.m. 719 I 1. Halbsatz, 1. Alternative BGB erforderliche Vorschrift des § 859 I S.1 ZPO, die dem Wortlaut nach nur die BGB-Gesellschaft erfaßt, gilt nach allgemeiner Ansicht auch für die OHG und KG ¹⁾. Man beruft sich dabei auf die §§ 105 II, 161 II HGB. Wenn auch § 105 II HGB seinem Wortlaut nach nur auf die Vorschriften des BGB verweist ²⁾, so ergibt sich doch aus der engen Strukturverwandtschaft von OHG und BGB-Gesellschaft, daß alle die BGB-Gesellschaft betreffenden Vorschriften auf die OHG Anwendung finden sollen, soweit nicht Sondervorschriften im OHG-Recht entgegenstehen. Die OHG ist nämlich eine "durch handelsrechtliche Normen eigenartig ausgestaltete Abart der bürgerlichen Gesellschaft" ³⁾. Entsprechendes gilt für die KG im Vergleich zur OHG und damit mittelbar auch zur BGB-Gesellschaft.

1) Stein-Jonas-Schönke § 859 II 1, Wieczorek § 859 A II a, Baumbach-Lauterbach Anh. zu § 859 Anm. 1, Thomas-Putzo § 859 Anm. 1 a.

2) Aus diesem Grund ist Furtner MDR 1965, 613 ff. (616) gegen eine Anwendung des § 859 ZPO auf die OHG.

3) Dür.-Hach.-Flechtheim § 105 Anm. 2.

§ 135 HGB, der von der Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens, spricht, schließt eine Pfändung des "Anteils am Gesellschaftsvermögen" nicht aus. Diese Bestimmung ist zwar *lex specialis* im Verhältnis zu § 725 I BGB, aber nicht hinsichtlich der Pfändungsmöglichkeiten, sondern hinsichtlich des Kündigungsrechts des Privatgläubigers ¹⁾.

Mit der Feststellung, daß das Gesetz die Pfändung des "Anteils am Gesellschaftsvermögen" auch bei der OHG und KG zuläßt, ist jedoch noch nicht geklärt, was eigentlich unter dieser Pfändung zu verstehen ist.

Die Antwort auf diese Frage hängt von der Deutung des Begriffs "Anteil am Gesellschaftsvermögen" i. S. des § 859 I ZPO ab ²⁾. Unter "Anteil am Gesellschaftsvermögen" i. S. des § 719 I BGB ist in dieser Arbeit die "Teilnahme an der vermögensrechtlichen Zuordnung" verstanden worden ³⁾, also der rechtliche Zustand des "Mitgesamthänderseins" ⁴⁾, nicht ein subjektives Recht; ein "Anteil nehmen", nicht ein "Anteil haben" ⁵⁾. Die Pfändung eines bloßen Rechtszustandes ist nicht möglich. Wenn §§ 859 I S.1 ZPO, 725 I BGB von der Pfändung des "Anteils am Gesellschaftsvermögen" sprechen, so kann damit nur gemeint sein: die *uno actu* erfolgende Pfändung aller aus der Mitgliedschaft entspringenden pfändbaren Rechte, also insbesondere des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben sowie des Anspruchs auf den Gewinnanteil ⁶⁾. Da somit die Pfändung des

1) Stein-Jonas-Schönke § 859 II 1, Baumbach-Lauterbach Anh. zu § 859 Anm.1

2) Die Rechtsnatur des "Anteils am Gesellschaftsvermögen" ist sehr umstritten. Vgl. für viele: Schlegelb.-Geßler § 105 Anm. 36, U. Huber S. 141 ff.

3) Vgl. oben S.26 sowie Note 3 dort. Ähnlich Heinsheimer S.32: "...läßt sich der Anteil am Gesellschaftsvermögen bestimmen als ein rechtlicher Zustand, der darin besteht, mit anderen zusammen Träger eines Vermögens zu sein".

4) Siebert, Ges'vertr. u. Erbrecht S. 6: mit Anteil am Gesellschaftsvermögen bezeichne das Gesetz das bloße "Mitgesamthändersein".

5) Wiedemann S.31

6) RGZ 95,231(233), Heinsheimer S. 70 f., Soergel-Sch.v. Lasaulx ./.

"Anteils am Gesellschaftsvermögen" den Anspruch auf das Ausein-
setzungsguthaben umfaßt, ist auch in diesem Fall dem Privatgläubiger
gemäß § 135 HGB unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen
die Kündigung der Gesellschaft möglich ¹⁾.

Die Streitfrage, inwieweit dem pfändenden Privatgläubiger auch das Recht
zusteht, einzelne mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte auszuüben ²⁾,
braucht im Rahmen der Untersuchungen über die Schutzstellung des TG
bei Pfändung des Treuguts nicht erörtert zu werden.

2. Durch die Zwangsvollstreckung in die Beteiligung des TH-Gesellschaf-
ters werden, wie sich gezeigt hat, dessen zu der Gesellschaftsbeteiligung,
also zum Treugut, gehörenden Vermögensrechte erfaßt. Es handelt sich
also um einen Zugriff auf Vermögensbestandteile, die dem TH-Gesell-
schafter lediglich formal-juristisch, wirtschaftlich jedoch dem TG zu-
zurechnen sind.

Der TG kann sich vor einem solchen Zugriff bereits von vornherein da-
durch schützen, daß er sich vom TH-Gesellschafter die in § 717 S.2
BGB genannten Vermögensrechte übertragen läßt ³⁾. Eine spätere Pfän-
dung dieser Rechte durch Gläubiger des TH-Gesellschafters geht dann
ins Leere ⁴⁾. Diese Lösung kommt jedoch dann nicht in Frage, wenn der

Fortsetzung von S.161 Note 6:

... § 725 Anm.1, Stein-Jonas-Schönke § 859 I 2: der einzige Unter-
schied zwischen Anteilspfändung und Pfändung des Anspruchs auf
das Auseinandersetzungsguthaben wird hier darin gesehen, daß
letztere kein Recht auf die Gewinnanteile bis zur Auseinandersetzung
gewährt. Weiterhin: Furtner MDR 1965, 613(615), der allerdings, da
er die Anwendung des § 859 I ZPO auf die OHG ablehnt, die Pfändung
des Anteils am Gesellschaftsvermögen bei der OHG nur dann für zu-
lässig hält, wenn die Übertragbarkeit vereinbart worden ist (§§ 851 I,
--- 857 I ZPO).

1) Stein-Jonas-Schönke § 859 II 1, Dür.-Hach.-Flechtheim § 135 Anm.4,
Weipert § 135 Anm.7, Schlegelb.-Geßler § 135 Anm.5, Hueck OHG
S.369 Note 28.

2) Vgl. hierzu etwa: Stein-Jonas-Schönke § 859 I 2, Furtner MDR 1965, ./.

TH zu einer Vorausabtretung - etwa wegen der Sicherung seines Vergütungsanspruches¹⁾ - nicht bereit ist. Hier kann es also zur Pfändung der gesellschaftsrechtlichen Vermögensrechte kommen.

Eine Verwertung der zur treuhänderischen Beteiligung gehörenden Vermögensrechte durch Privatgläubiger des TH-Gesellschafters wäre eine dem TG gegenüber unbillige Folge der den Treuhandzweck überschießenden Rechtsmacht des TH-Gesellschafters. Der TG würde in seinem Vermögen durch Gläubiger beeinträchtigt, deren Forderungen weder ihm gegenüber bestehen noch mit der Verwaltung des Treuguts zusammenhängen. Die Zwangsvollstreckung in die treuhänderische Gesellschaftsbeteiligung durch Personen, die lediglich im außergesellschaftlichen Bereich mit dem TH zu tun haben, liefe dem Treuhandzweck zuwider²⁾. In Anlehnung an die herrschende Meinung, die für die Frage der Anwendbarkeit des § 771 I ZPO zugunsten des TG die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit ausschlaggebend sein läßt, ist also ein Widerspruchsrecht des TG nach § 771 I ZPO dann zu bejahen, wenn Privatgläubiger des TH-

Fortsetzung von S.162 Note 2:

... 615, Baumbach-Duden § 135 Anm.4 B, Rückersberg Soziale Praxis 1939, 804.

3) Vgl. oben S. 79 ff.

4) RGZ 95, 231(234 f.), Dür.-Hach.-Flechtheim § 135 Anm.4, Weipert § 135 Anm.7, Schlegelb.-Geßler § 135 Anm.5, Hueck OHG S.369. Obwohl eine solche Pfändung in schuldnerfremde Rechte wirkungslos ist, gefährdet sie doch die Rechte des Dritten (hier: des TG), so daß ihm das Rechtsschutzbedürfnis für eine Drittwiderspruchsklage auch in diesem Falle nicht abgesprochen werden kann (RGZ 31, 382; 49, 347; 89, 176 ff., Stein-Jonas-Schönke § 771 II 1 a). Daß die Übertragung der mitgliedschaftlichen Vermögensrechte vom TH-Gesellschafter auf den TG nicht nach dem Anfechtungsgesetz (§ 3 I Nr.1, 3) angefochten werden kann, ergibt sich schon daraus, daß der TG, wie sogleich ausgeführt wird, als wirtschaftlicher Inhaber dieser Vermögensrechte ohnehin ein Widerspruchsrecht gem. § 771 ZPO hätte. ./.

Gesellschafters in die treuhänderische Beteiligung vollstrecken ¹⁾.

Der TG kann die Drittwiderspruchsklage nur erheben, solange die Zwangsvollstreckung in die Beteiligung des TH-Gesellschafters noch nicht beendet ist, da anderenfalls das Rechtsschutzbedürfnis für diese Klage mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, fehlt ²⁾. Der TG ist nach Beendigung der Zwangsvollstreckung auf Bereicherungsansprüche gegen den Gläubiger beschränkt ³⁾. Wesentlich für einen wirksamen Treugeberschutz ist also die rechtzeitige Information von der Pfändung der mitgliedschaftlichen Vermögensrechte des TH-Gesellschafters. Der TG hat auf Grund des Treuhandvertrages gegen den TH-Gesellschafter einen entsprechenden Auskunftsanspruch ⁴⁾. Diese Mitteilungspflicht des TH-Gesellschafters ergibt sich aus §§ 666 (675) BGB. "Erforderlich" im Sinne des § 666 BGB sind nämlich Nachrichten über alle bei der Auftragsausführung auftretenden Hindernisse ⁵⁾, also auch über die Zwangsvollstreckung in die treuhänderische Gesellschaftsbeteiligung.

3. Durch das der Widerspruchsklage des TG stattgebende Urteil wird die Zwangsvollstreckung in die gepfändeten Gegenstände für unzulässig erklärt. Der TG kann gemäß §§ 775 Nr.1, 776 S.1 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses durch das Vollstreckungsgericht verlangen ⁶⁾.

Fortsetzung von S. 163 Note 1:

1) Vgl. oben S. 68ff.

2) Vgl. oben S.154 ff.

1) Die h. M. müßte sich allerdings in diesem Fall mit dem von ihr vertretenen Unmittelbarkeitsprinzip auseinandersetzen. Selbst dann, wenn der TH-Gesellschafter als Rechtsnachfolger des TG in die Gesellschafterstellung eingerückt ist, bliebe zu prüfen, ob die einzelnen, aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Vermögensrechte als "unmittelbar" vom TG auf den TH-Gesellschafter übertragen angesehen werden können.

2) Stein-Jonas-Schönke § 771 I 2 b

3) Stein-Jonas-Schönke § 771 VII 4

4) Vgl. auch Liebich S.197.

./.

Für den Fall, daß der pfändende Privatgläubiger des TH-Gesellschafters gemäß § 135 (§ 161 II) HGB die Gesellschaft nach Überweisung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben bereits gekündigt hatte, bevor die Zwangsvollstreckung in die Beteiligung für unzulässig erklärt wurde, ergibt sich nun nach Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses die Frage nach dem Fortbestehen der Gesellschaft. Mit dem Unwirksamwerden der Pfändung und Überweisung des Anspruches auf das Auseinandersetzungsguthaben ist nachträglich eine der Kündigungsvoraussetzungen gemäß § 135 HGB weggefallen. Das ändert jedoch nichts daran, daß die Kündigung einmal wirksam erfolgt ist. Entscheidend ist, daß die Voraussetzungen des § 135 HGB zum Zeitpunkt der Ausübung des Kündigungsrechts vorliegen. Wären spätere Veränderungen von Einfluß auf die Wirksamkeit der Kündigung, so würden dadurch die Gesellschafter beeinträchtigt, die sich auf die bevorstehende Auflösung der Gesellschaft eingestellt und während der mittlerweile angelaufenen Kündigungsfrist vielleicht schon entsprechende Maßnahmen eingeleitet haben ¹⁾. Es bleibt also aus Gründen der Rechtssicherheit trotz der erfolgreichen Abwehr des Gläubigerzugriffs auf die Gesellschaftsbeteiligung bei der einmal wirksam ausgesprochenen Kündigung der Gesellschaft ²⁾.

Die Gesellschafter können allerdings, da ein entgegenstehendes Gläubigerinteresse nun nicht mehr vorhanden ist, die drohende Auflösung der Gesellschaft durch einen Fortsetzungsbeschluß abwenden ³⁾. Dieser Fortsetzungsbeschluß unterscheidet sich von dem des § 141 I HGB dadurch, daß

Fortsetzung von S.164 Note 5:

5) Erman-Hauß § 666 Anm.1 a, Denecke in RGRK-BGB § 666 Anm.2, Palandt-Thomas § 666 Anm.2 a.

6) Stein-Jonas-Schönke § 776 I, Rosenberg § 185 III 7.

1) Dür.-Hach.-Flechtheim § 135 Anm.11, Weipert § 135 Anm.27, Schlegelb.-Geßler § 135 Anm.15, Hueck OHG S.370.

2) RGZ 169,153, BGHZ 30,201, Hueck OHG S.370, Weipert § 135 Anm.27, Dür.-Hach.-Flechtheim § 135 Anm.11, Westermann-Hdb. Rdz. I 330, a.A.: Wieland I S.671, Staub-Pinner § 135 Anm.6.

3) Westermann-Hdb. Rdz. I 330 (§ 29 III 2 a), Hueck OHG S.370, Dür.-Hach.-Flechtheim § 135 Anm. 11.

es nicht zum Ausschluß des Schuldner-Gesellschafters kommt. Inwieweit die Gesellschafter verpflichtet sind, einen solchen Fortsetzungsbeschluß zu fassen, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, falls diese Frage nicht bereits gesellschaftsvertraglich geregelt ist. Ihre Weigerung kann unter Umständen einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bedeuten¹⁾. Hierbei kommt es unter anderem darauf an, ob die Gesellschafter von vornherein mit einem nachträglichen Wegfall der Kündigungsvoraussetzungen rechnen konnten und ob schon in größerem Umfange Maßnahmen mit Rücksicht auf die bevorstehende Auflösung getroffen worden sind.²⁾

Auch für unseren Fall des nachträglichen Wegfalls der Kündigungsvoraussetzungen infolge einer Drittwiderspruchsklage, die der TG des Schuldner-Gesellschafters erfolgreich durchgeführt hat, kann über die Zustimmungspflicht der Mitgesellschafter zum Fortsetzungsbeschluß nicht allgemein entschieden werden. Hier kann die Frage bedeutsam werden, ob die Treuhänderstellung des Schuldner-Gesellschafters den Mitgesellschaftern gegenüber "offen" oder "verdeckt" ist. Handelt es sich um ein "offenes" Treuhandverhältnis, so spielt der Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit des nachträglichen Wegfalls der Kündigungsvoraussetzungen eine

-
- 1) RGZ 169,153(156), BGHZ 30,195(201), Hueck OHG S. 370, Dür.-Hach.-Flechtheim § 135 Anm.11, Westermann-Hdb. Rdz. I 330 (§ 29 III 2 a)
 - 2) Das Reichsgericht (RGZ 169,153,156) bejaht die Zustimmungspflicht des (dort einzigen) Mitgesellschafters des Schuldner-Gesellschafters zur Fortsetzung der Gesellschaft auf Grund der Tatsache, daß er mit einer Befriedigung der Gläubigerin vor Auflösung der Gesellschaft rechnen mußte. Hiergegen tritt nach Auffassung des Reichsgerichts zurück, daß der Mitgesellschafter nach seinen Angaben, die vom RG als zutreffend unterstellt werden, bereits in größerem Umfange Verfügungen im Hinblick auf die Auflösung der Gesellschaft getroffen hatte.

besondere Rolle. Wird nämlich in eine lediglich treuhänderische Beteiligung vollstreckt, so können die Gesellschafter, die den treuhänderischen Charakter der Beteiligung kennen, von vornherein damit rechnen, daß der TG sein Widerspruchsrecht geltend macht und so nachträglich die Voraussetzungen des § 135 HGB entfallen. Die Gesellschafter werden sich in der Regel dann nicht darauf berufen können, daß sie auf die Auflösung der Gesellschaft vertraut hätten. Diese Erwägungen greifen nicht ein, wenn es sich um ein "verdecktes" Treuhandverhältnis handelte, die Mitgesellschafter also von der treuhänderischen Bindung des Schuldner-Gesellschafters bis zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage nichts wußten.

II. Zwangsvollstreckung durch Gesellschaftsgläubiger in Realisierung der Haftung des TH-Gesellschafters gemäß §§ 128 S.1 (161 II) HGB

Es soll nun untersucht werden, ob der TG der vollstreckungsrechtlichen Verwertung der treuhänderischen Beteiligung auch dann widersprechen kann, wenn sie nicht von Privatgläubigern des TH-Gesellschafters, sondern von Gesellschaftsgläubigern betrieben wird, die auf Grund der persönlichen Haftung des TH-Gesellschafters gegen diesen vorgehen.

1. Die rechtliche Zulässigkeit der Pfändung von Vermögensrechten aus der Gesellschaftsbeteiligung gemäß §§ 859 I, 851 I ZPO i. V. m. 717 S.1 BGB auch durch einen Gesellschaftsgläubiger auf Grund eines Titels gegen den Gesellschafter (§ 129 IV HGB) ist nicht zu bezweifeln. § 135 HGB beschränkt nicht die Zulässigkeit einer Pfändung, sondern lediglich das Kündigungsrecht auf die "Privatgläubiger" eines Gesellschafters ¹⁾.

1) Daß unter "Privatgläubiger" i. S. des § 135 HGB nicht auch der Gesellschaftsgläubiger zu verstehen ist, der gemäß § 128 HGB gegen einen Gesellschafter persönlich vorgeht, ist i. G. zu früher (z. B. Staub-Pinner § 135 Anm. 1, Heinsheimer S. 73) heute einhellige Meinung: Weipert § 135 Anm. 2, Schlegelb.-Geßler § 135 Anm. 4, Hueck OHG S. 368, Clasen NJW 1965, 2141(2142), Schönle NJW 1966, 1797 Note 3.

2. Fraglich ist aber, ob ein solches Vorgehen für einen Gesellschaftsgläubiger überhaupt sinnvoll sein kann. Zum einen kann der Gesellschaftsgläubiger auf Grund eines Titels gegen die Gesellschaft (§§ 124 II, 161 II HGB) unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken und damit ohnehin den Vermögenswert auch der einzelnen Beteiligungen erfassen. Zum anderen hat der Gesellschaftsgläubiger, der in eine Gesellschafterbeteiligung vollstreckt, infolge des fehlenden Kündigungsrechts gemäß § 135 HGB keine Gewähr, überhaupt in absehbarer Zeit an den eigentlichen Vermögenswert der Beteiligung heranzukommen¹⁾. Es ist ihm nicht möglich, die Fälligkeit des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben herbeizuführen. Die Zwangsvollstreckung in die Beteiligung eines Gesellschafters kann für einen Gesellschaftsgläubiger allenfalls dann von Bedeutung sein, wenn er einen im Falle unmittelbaren Zugriffs in das Gesellschaftsvermögen zu erwartenden Gesellschaftskonkurs vermeiden möchte²⁾ oder wenn er aus irgend einem Grunde einen Titel nur gegen einen Gesellschafter, nicht aber gegen die Gesellschaft hat (vgl. §§ 124 II, 161 II HGB)³⁾. Obwohl also der gegen den Gesellschafter vorgehende Gesellschaftsgläubiger in aller Regel an dessen Privatvermögen und nicht an dessen in der Gesellschaft gebundenem Vermögen interessiert ist, so kann doch in Ausnahme-

-
- 1) Clasen NJW 1965, 2142 kommt allerdings zu einem Kündigungsrecht des Gesellschaftsgläubigers, nämlich gemäß §§ 725 I BGB, 105 II HGB. Hiergegen überzeugend Schönle NJW 1966, 1797.
 - 2) Dür.-Hach.-Flechtheim § 135 Anm.2, Staub-Pinner § 135 Anm.1 (hier dient dieses Argument allerdings der Begründung eines Kündigungsrechts des Gesellschaftsgläubigers gemäß § 135 HGB, das heute mit Recht allgemein abgelehnt wird).
 - 3) Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der Gesellschaftsgläubiger wegen der besseren Erfolgsaussichten nur den wenig prozeßerfahrenen Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft verklagt hat. Ist dagegen die Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen worden, so steht der Einwand der Rechtskraft auch der Verurteilung des Gesellschafters entgegen (RGZ 5, 70; 34, 365, Weipert § 124 Anm.25, Schlegelb.-Geßler § 124 Anm.21, Westermann-Hdb. Rdz. I 366 (§ 32 III 5 a)).

fallen auch letzteres zutreffen. Demnach kann auch für diesen Fall die Frage auftauchen, inwieweit der TG der Zwangsvollstreckung in die Beteiligung des TH-Gesellschafters gemäß § 771 ZPO widersprechen kann.

3. Bei der Beantwortung dieser Frage lassen sich weitgehend die Argumente heranziehen, die zu einer Ablehnung des Aussonderungsrechts des TG im Gesellschaftskonkurs geführt haben ¹⁾. Ebenso wie im Falle des Gesellschaftskonkurses wird auch hier der Vermögenswert des Treuguts von Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen, von Gläubigern also, deren Forderungen (gemäß § 128 S.1 HGB) nicht aus irgendwelchen privaten Geschäftsbeziehungen des TH entspringen, sondern aus der Gesellschaftsbeteiligung, also aus dem Treugut. Hat ein Treuhandverhältnis die Beteiligung an einer Personalhandelsgesellschaft zum Gegenstand, so kann eine Inanspruchnahme des Treuguts durch Gesellschaftsgläubiger dem Sinn und Zweck dieses Treuhandverhältnisses nicht zuwiderlaufen ²⁾. Es ist vielmehr die notwendige Folge einer solchen Treuhandvereinbarung, daß der Vermögenswert des Treuguts auch zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dient. Es kann keinen Unterschied machen, ob die Gesellschaftsgläubiger sich unmittelbar aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen und damit mittelbar auch den Wert des Treuguts schmälern oder ob sie in die Beteiligung des TH-Gesellschafters vollstrecken. Diese Risiken muß der TG in Kauf nehmen, wenn er die Beteiligung an einer Personalhandelsgesellschaft einem TH anvertraut. Der TG müßte den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das wirtschaftlich zu seinem Vermögen zählende Treugut ebenso dulden, wenn er auch formal-juristisch Inhaber des Treuguts wäre ³⁾, während Privatgläubiger des TH in diesem Falle nicht in die Beteiligung vollstrecken könnten.

1) Vgl. oben S.154 ff.

2) Vgl. BGH-NJW 1959, 1223 über den Einfluß des Treuhandzweckes auf das Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO.

3) Vgl. oben S. 157.

L) Zusammenfassung und Würdigung der in den Abschnitten H, J und K gefundenen Ergebnisse

Zusammenfassend ist als Ergebnis der Untersuchungen zum Schutz des TG bei Verwertung der treuhänderischen Gesellschaftsbeteiligung in Konkurs und Einzelzwangsvollstreckung festzustellen:

1. Im (Privat-)Konkurs des TH-Gesellschafters kann der TG den Anspruch des TH-Gesellschafters auf das Auseinandersetzungsguthaben (oder Abfindungsguthaben) aussondern (§ 43 KO).
2. Im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft hat der TG kein Aussonderungsrecht.
3. Bei einer Zwangsvollstreckung in die treuhänderische Beteiligung durch (Nur-)Privatgläubiger des TH-Gesellschafters hat der TG ein Drittwiderspruchsrecht gemäß § 771 ZPO.
4. Bei einer Zwangsvollstreckung in die treuhänderische Beteiligung durch Gesellschaftsgläubiger, die auf Grund des § 128 S.1 (§ 161 II) HGB einen Titel gegen den TH-Gesellschafter erlangt haben, hat der TG kein Drittwiderspruchsrecht gemäß § 771 ZPO.

Aus der Sicht der an dem Vermögenswert der treuhänderischen Gesellschaftsbeteiligung interessierten Gläubiger bedeutet dies:

Den Gesellschaftsgläubigern bleibt der Zugriff auf die Beteiligung des TH-Gesellschafters unbenommen, während den Privatgläubigern des TH-Gesellschafters der Beteiligungswert entzogen werden kann, bei der Einzelzwangsvollstreckung durch ein Drittwiderspruchsrecht des TG gemäß § 771 ZPO, im (Privat-)Konkurs des TH-Gesellschafters durch ein Aussonderungsrecht des TG gemäß § 43 KO. Ein unmittelbarer Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen und damit auch eine indirekte Inanspruchnahme der treuhänderischen Beteiligung kommt für Privatgläubiger des TH-Gesellschafters wegen § 124 II HGB ohnehin nicht in Frage.

Diese unterschiedliche Behandlung von Gesellschaftsgläubigern und Privatgläubigern des TH-Gesellschafters ist auch gerechtfertigt. Den Privatgläubigern des TH-Gesellschafters kann entgegengehalten werden, daß die

Gesellschaftsbeteiligung wirtschaftlich nicht zum Vermögen ihres Schuldners zählt. Könnten sie in die treuhänderische Beteiligung vollstrecken, so würden ihnen damit Vermögensgegenstände zur Befriedigung dienen, auf die sie bei Anpassung des formal-juristischen Eigentums an die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Treuguts keinen Zugriff hätten.

Anders verhält es sich bei den Gesellschaftsgläubigern: Nehmen sie, wie es die Regel sein wird ¹⁾, das Gesellschaftsvermögen unmittelbar in Anspruch, so verwerten sie damit Vermögen, das ihrem Schuldner, der Gesamthandsgemeinschaft (§§ 124 I, 161 II HGB), sowohl juristisch als auch wirtschaftlich zusteht. Daß einer der Gesamthänder im Auftrage eines Dritten an der Gesellschaft teilnimmt, ändert nichts an der Vermögenszugehörigkeit an die Gesamthand. Vollstreckt ein Gesellschaftsgläubiger auf Grund eines Titels gegen den TH-Gesellschafter in dessen Beteiligung, so nimmt er damit zwar wirtschaftlich dem TG zuzurechnendes Vermögen in Anspruch. Im Gegensatz zum Privatgläubiger des TH-Gesellschafters könnte er den Vermögenswert dieser Beteiligung aber auch dann verwerten, wenn der TG entsprechend seiner wirtschaftlichen Stellung auch rechtlich Inhaber der Beteiligung, also Gesellschafter, wäre. Denn in diesem Fall würde eben nicht der TH, sondern der TG gemäß § 128 S.1 (§ 161 II) HGB haften.

Während die Privatgläubiger des TH-Gesellschafters also bei Verwertung der treuhänderischen Gesellschaftsbeteiligung aus dem der fiduziarischen Rechtsstellung eigenen Mißverhältnis von formaler Rechtsinhaberschaft und wirtschaftlicher Vermögenszugehörigkeit ungerechtfertigte Vorteile erlangen würden, ist das bei den Gesellschaftsgläubigern nicht der Fall. Aus diesem Grunde ist die Schlechterstellung der Privatgläubiger gerechtfertigt.

1) Vgl. oben S.168.

Zusammenfassung

1. Die treuhänderische Beteiligung an einer Personalhandelsgesellschaft ist zulässig und kann in der Praxis vielfältigen wirtschaftlichen Interessen dienen. Je nach dem mit dem Treuhandverhältnis verbundenen Zweck wird die fiduziarische Bindung des TH-Gesellschafters an den TG seinen Mitgesellschaftern gegenüber offenkundig ("offene Treuhand") oder verdeckt ("verdeckte Treuhand") sein. Treugut ist die Gesellschaftsbeteiligung, also die Rechtsstellung als Gesellschafter in der Gesellschaft.
2. Die Stellung eines TH-Gesellschafters kann erlangt werden durch fiduziarische Übertragung der Mitgliedschaft des TG, durch Gründungsteilnahme oder Eintritt des TH in eine schon bestehende Gesellschaft für Rechnung des TG sowie schließlich durch bloße Vereinbarung eines pactum fiduciae zwischen einem Gesellschafter (dem künftigen TH-Gesellschafter) und einem Dritten (dem künftigen TG). Die Vorgänge, die zu einer treuhänderischen Beteiligung führen, bedürfen nur dann der Zustimmung der anderen Gesellschafter, wenn sie eine (rechtliche) Änderung im Gesellschafterbestand mit sich bringen. Auch in diesem Fall erstreckt sich das Zustimmungserfordernis nur auf die "dingliche" Veränderung im Mitgliederbestand, nicht auf die schuldrechtliche Treuhandbindung des neuen Gesellschafters. Der TH-Gesellschafter und der TG können zur Sicherheit des TG bei entsprechendem Einverständnis der Mitgesellschafter vereinbaren, daß die Gesellschafterstellung im Augenblick der Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses auf den TG übergehen soll. Ein solcher bedingter Gesellschafterwechsel widerspricht nicht gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.
3. Die Rechtsstellung des TH-Gesellschafters wird dadurch gekennzeichnet, daß er nach zwei Seiten hin schuldrechtlichen Bindungen unterworfen ist. Als Partner des TG steht er in einem Auftrags- oder Geschäftsbesorungsverhältnis, kraft dessen er verpflichtet ist, seine Gesellschaftsbeteiligung im Interesse und für Rechnung des TG zu verwalten. Es gelten bei unentgeltlicher Tätigkeit des TH-Gesellschafters die Regeln des Auftrags-

rechts (§§ 662 ff. BGB), bei entgeltlicher Tätigkeit neben den in § 675 BGB genannten Vorschriften des Auftragsrechts die Bestimmungen über den Dienstvertrag.

In seiner Eigenschaft als Gesellschafter ist der TH Träger der aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten. Ihn, nicht den nur wirtschaftlich beteiligten TG, trifft die persönliche Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Weisungen des TG, deren Befolgung durch den TH-Gesellschafter sich gesellschaftsschädigend auswirken würde, sind für diesen nicht bindend. Der TG kann nicht einerseits den Auftrag zur Verwaltung einer Gesellschaftsbeteiligung erteilen, andererseits aber vom TH-Gesellschafter gesellschaftswidriges Verhalten verlangen. Der TH-Gesellschafter hat im Einzelfall zu prüfen, ob das vom TG verlangte Verhalten seinen Gesellschafterpflichten widersprechen würde. Kommt es hierüber zu einem Streit zwischen dem TH-Gesellschafter und dem TG, so kann der TG versuchen, die Befolgung seiner Weisung gerichtlich durchzusetzen, und gegebenenfalls aus einem entsprechenden Titel die Zwangsvollstreckung betreiben. Die gegen einen solchen unmittelbaren Erfüllungszwang vorgebrachten Einwände des Schrifttums überzeugen nicht.

Der TG hat als Nichtmitglied grundsätzlich keine unmittelbaren Rechte in der Gesellschaft. Er kann nur mittelbar durch sein Weisungsrecht über den TH-Gesellschafter Einfluß auf die Gesellschaft nehmen. Diese relativ schwache Stellung des wirtschaftlich beteiligten TG kann jedoch - bei einer "offenen Treuhand" - gestärkt werden: Der TG kann sich vom TH-Gesellschafter die in § 717 S.2 BGB genannten vermögensrechtlichen Ansprüche ohne notwendige Zustimmung der Mitgesellschafter übertragen lassen. Auch das Entnahmerecht gemäß § 122 I HGB ist - allerdings nur mit dem Einverständnis der Mitgesellschafter - vom TH-Gesellschafter auf den TG übertragbar.

Dagegen ist es dem TG nicht möglich, die gesellschaftsrechtlichen Mitverwaltungsrechte derivativ durch Übertragung seitens des TH-Gesellschafters zu erlangen ("Abspaltungsverbot"). Der TH-Gesellschafter kann sich allerdings mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter in der Ausübung seiner Mitverwaltungsrechte durch den TG vertreten lassen.

Schließlich ist es zulässig, dem TG eigene, nicht abgeleitete Rechte in der Gesellschaft, wie etwa ein Stimmrecht oder ein Geschäftsführungsrecht, einzuräumen. Hierzu bedarf es der Zustimmung aller Gesellschafter.

4. Die Übertragung der Rechtsstellung des TH-Gesellschafters auf eine andere Person stellt sich im Hinblick sowohl auf das Gesellschaftsverhältnis als auch auf das Treuhandverhältnis als "Vertragsübernahme" dar und bedarf grundsätzlich der Zustimmung der übrigen Gesellschafter sowie des TG. Die Gesellschafter können allerdings dem TG ein sogenanntes "Auswechslungsrecht" einräumen mit dem Inhalt, daß der TG seinen Vertrauensmann in der Gesellschaft ohne notwendige Zustimmung der übrigen Gesellschafter durch eine andere Person ersetzen kann. Die Übertragung der TG-Stellung bedarf mangels abweichender Vereinbarung im Treuhandvertrag der Zustimmung des TH-Gesellschafters (§§ 613 S. 2, 664 II BGB). Das Einverständnis der übrigen Gesellschafter ist nicht erforderlich, da sich weder rechtlich ein Gesellschafterwechsel vollzieht, noch der Übergang der wirtschaftlichen Beteiligung eine entsprechende Anwendung des für den Gesellschafterwechsel geltenden Zustimmungserfordernisses rechtfertigt. Der insoweit gegenteiligen Ansicht des Reichsgerichts (für die GmbH mit genehmigungsbedürftiger Anteilsabtretung gemäß § 15 V GmbHG) sowie des überwiegenden Schrifttums kann nicht gefolgt werden.

5. Bei der Beendigung der treuhänderischen Gesellschaftsbeteiligung ist zu unterscheiden zwischen dem Ende des obligatorischen Treuhandverhältnisses und den hieraus sich ergebenden Auswirkungen auf die "dingliche" Gesellschafterstellung des TH-Gesellschafters. Die Beendigung des Dauer-schuldverhältnisses zwischen TG und TH-Gesellschafter richtet sich nach den zwischen beiden getroffenen Vereinbarungen sowie nach den für Auftrags- und Geschäftsbesorgungsverhältnisse geltenden Vorschriften.

Die treuhänderische Gesellschafterstellung des TH geht nur dann mit Beendigung des obligatorischen Treuhandverhältnisses ohne weiteres auf den TG über, wenn der TG ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb der Mitglied-

schaft unter eben dieser Bedingung hat. Anderenfalls bleibt der TH-Gesellschafter zunächst Mitglied, ist aber dem TG gegenüber verpflichtet, alles zu tun, um die zur (Rück-)Übertragung der Gesellschafterstellung auf den TG erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter herbeizuführen. Die Gesellschafter sind in ihrer Entscheidung grundsätzlich frei, auch dann, wenn sie den treuhänderischen Charakter der Mitgliedschaft des TH-Gesellschafters gekannt haben. Gelingt es dem TH-Gesellschafter nicht, das Einverständnis der Mitgesellschafter zur Mitgliedschaftsübertragung zu erlangen, so ist er gehalten, die Gesellschaft zum nächsten ordentlichen Termin zu kündigen und dem TG den Anspruch auf das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben zu übertragen.

6. Der TG hat bei vollstreckungsrechtlicher Verwertung der treuhänderischen Beteiligung folgende Rechte:

Im (Privat-)Konkurs des TH-Gesellschafters kann der TG den Anspruch des TH-Gesellschafters auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben aussondern (§ 43 KO). Bei einer Einzelzwangsvollstreckung in die treuhänderische Gesellschaftsbeteiligung durch (Nur-)Privatgläubiger des TH-Gesellschafters hat der TG ein Drittwiderspruchsrecht gemäß § 771 ZPO.

Kein Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO hat der TG bei einer Einzelzwangsvollstreckung in die treuhänderische Gesellschaftsbeteiligung durch Gesellschaftsgläubiger, die auf Grund des § 128 S.1 HGB einen Titel gegen den TH-Gesellschafter erlangt haben.

Im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft hat der TG kein Aussonderungsrecht.

LEBENS LAUF

=====

Am 7. September 1944 wurde ich in Grieskirchen (Oberösterreich) als Sohn des Tierarztes Dr. Hermann Markwardt und seiner Ehefrau Rosa, geb. Starzinger, geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Gallspach sowie der neusprachlichen Gymnasien in Wels (Oberösterreich), Diepholz und Nienburg/Weser legte ich am 21. Februar 1964 in Nienburg die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich an den Universitäten Marburg und München Rechtswissenschaft und bestand am 28. Februar 1969 in Marburg die erste juristische Staatsprüfung.

Im Sommersemester 1969 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Marburg tätig. Im Wintersemester 1969/1970 war ich als Akademischer Tutor an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg beschäftigt.

Im Februar 1970 wurde ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Freistaates Bayern aufgenommen.



REPROGRAFIE-ZENTRUM

Lüdke bei der Uni 44 62 17 / 44 71 72
Schlüterstraße 50-54

Lüdke bei der Börse 36 47 25
Hopfenmarkt 33

Alsterdruck
Hegholt 59

641 41 86 **re**